Tresch Melchiorre
DOTTORE IN LEGGE

La risarcibilità del danno morale puro

Tesi di Laurea

presentata alla

Facoltà di Diritto dell'Università di Berna

per conseguire il titolo di Dottore in Legge

(Relatore: Prof. Dr. Theo Guhl)

Tipografia R. Suter & Cia, Berna, 1941

Tresch Melchiorre
DOTTORE IN LEGGE
Göschenen / Bellinzona

La risarcibilità del danno morale puro

Tesi di Laurea

presentata alla

Facoltà di Diritto dell'Università di Berna

per conseguire il titolo di Dottore in Legge

(Relatore: Prof. Dr. Theo Guhl)

Tipografia R. Suter & Cia, Berna, 1941

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die Fakultät hat diese Arbeit am 1. März 1940 auf Antrag von Prof. Dr. Guhl Theo als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547621_0054

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

Il danno morale puro

Colui che rimane offeso da un reato ha il diritto di avere la restituzione delle cose di cui venne ingiustamente spogliato, e, se è stato danneggiato, la rifusione del danno sofferto.

Questo danno, cagionato dal reato, può essere patrimoniale o non patrimoniale. Nel primo caso non sorge dubbio di sorta: l'offeso ha diritto al risarcimento del danno derivato al suo patrimonio in conseguenza del reato.

Ma la questione è stata — ed è tuttora — aspramente discussa a proposito del danno morale puro o torto morale.

Questa espressione non è del tutto esatta e manca di precisione giuridica: non c'è nella lesione di un interesse non economico qualche cosa che sia necessariamente amorale o contro la morale come la suddetta espressione potrebbe farlo supporre. Si tratta semplicemente di danno che non incide, nè direttamente nè indirettamente, sul patrimonio. Perciò è forse più esatta la denominazione usata dai tedeschi « nicht vermögensrechtlich ».

Ciò nonostante abbiamo mantenuto l'espressione di danno morale puro: ma per la chiarezza abbiamo ritenuto opportuno di fare l'osservazione di cui sopra.

Ordunque da molti scrittori si è negato che un danno morale debba essere indennizzato, ammettendosi la risarcibilità di esso sol quando una ripercussione sia derivata al patrimonio: ma ciò ne modifica l'essenza, il danno morale traducendosi in tal caso in un danno patrimoniale. Infatti, in conseguenza del fatto ingiusto altrui, può essere diminuita la reputazione di un professionista, di un commerciante, e quindi essere tolta a lui una parte della clientela; può essere menomata la dignità di una fanciulla, e quindi tolta ad essa la possibilità di una adeguata collocazione; ma in questi casi il danno, sia pure morale, si traduce evidentemente in denaro: la difficoltà potrà sorgere nella valutazione, ma se il giudizio del giudice può riuscire talora erroneo, tale inconveniente non intacca il principio della risarcibilità.

La dottrina è concorde su questo punto.

L'incertezza e la contraddittorietà delle opinioni ricorre quando il fatto lesivo del diritto non arreca una diminuzione del patrimonio, ma

solo spavento, dolore, umiliazione, patema d'animo, cioè un danno non patrimoniale, ma un danno morale puro.

Scopo del nostro lavoro è precisamente quello di esaminare se e come questo danno sia o meno risarcibile.

La dottrina è divisa su questo punto, e noi ci proponiamo di studiare le teorie che si contendono il campo.

Per ragioni di chiarezza, raggrupperemo queste teorie in tre categorie e precisamente:

A) *Teorie negative*: che non ammettono nessuna risarcibilità del danno morale puro.

B) *Teorie miste*: che concedono in certi casi una riparazione.

C) *Teorie affermative*: ammettenti in larga misura una riparazione del danno morale puro.

CAPITOLO II

Varie teorie sulla risarcibilità del danno morale

§ 1. Teorie negative.

Gli argomenti che svilupperemo non si basano solo su caratteri d'ordine meramente giuridico, ma alcuni sono d'indole morale, estetica, filosofica, sociale.

A) Argomenti d'ordine morale.

Enunciati in *Germania* dal Reiffel:

« Il n'y a qu'un homme habitué à recevoir des aumônes ou socialement déchu, qui puisse accepter une semblable indemnité; un homme comme il faut, qui sait marcher dans le monde sans mendier, devrait jeter cet argent à l'eau; chaque jouissance qu'il se procurerait avec cet argent lui rappellerait la perte irréparable qu'il a soufferte et sa jouissance se transformerait en souffrance. » [1])

Anche Hartmann si associa a Reiffel:

« De semblables décisions (dommages-intérêts pour préjudice moral), telles que la jurisprudence française nous en montre souvent, nous apparaissent comme évidemment étrangères au sentiment populaire allemand.

Il est contraire aux idées reçues par le peuple allemand, d'évaluer

[1]) Reiffel, Zeitschrift für franz. Recht, V. XX, pag. 691, cit. da Alex. Martin-Achard, De la réparation pécuniaire du tort moral, Thèse Genève, 1908, pag. 170.

pécuniairement les affections les plus sacrées et de faire contrebalancer une atteinte morale par une prestation pécuniaire. » [1])

In *Francia* il Massin ha scritto:

«L'argent ne saurait remplacer que ce qui est pécuniairement estimable. Du caractère pécuniaire des dommages-intérêts, il résulte qu'ils ne sauraient réparer qu'un préjudice pécuniaire. » [2])

In *Italia* il Gabba [3]) che fu fra i più autorevoli oppositori del principio della risarcibilità del danno morale puro, rilevò che dall' idea del danno è inseparabile quella d'un affetto penoso durevole, cioè una diminuzione durevole di benessere, e le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi d'animo sono fenomeni ed effetti morali passeggeri. Aggiunse che la offesa morale non può costituire danno giuridico perchè non vi è un patrimonio giuridico morale, come, per esempio, l'onore, la pudicizia, non hanno natura esteriore e sensibile e non si possono dire diritti personali, nè diritti od elementi del patrimonio giuridico personale. Essi sono elementi integranti dell' umana personalità, e, come questa, intangibili ed inviolabili, ma appunto l'intangibilità ed inviolabilità dell' umana personalità non è per se medesima un diritto civile e privato. Essa concreta un diritto, anzi il più fondamentale di tutti i diritti, ma perchè non si traduce di sua natura, e necessariamente, in esteriori determinate prestazioni, non è un vero elemento del patrimonio giuridico privato dell' individuo, neppure personale: è un diritto la cui tutela è prestata dal diritto pubblico penale. Del resto, valutare il danno morale non sarebbe possibile, come già rilevò Gaio e come la logica insegna, non essendo consentita la misurazione di due cose, quando non si può fare ricorso alla medesima unità di misura, il che non sarebbe attuabile fra danno morale e moneta.

Col Gabba negarono la risarcibilità del danno morale, fra gli altri, il Chironi [4]), il Lomonaco, il Mosca [5]), il Venzi [6]).

In *Isvizzera* è fautore di questa teoria negativa il Brüstlein che in un articolo della Grenzpost [7]) combatte energicamente la nuova tendenza verso una riparazione pecuniaria del torto morale:

---

[1]) Hartmann, Archiv für die Civilistische Praxis. 1888, pag. 364, cit. da Alex. Martin-Achard, op. cit. pag. 171.

[2]) Dorville, De l'intérêt moral dans les obligations. Paris, 1901, pag. 46 segg.

[3]) Gabba, Questioni di dir. civ., 2a. ed., II, pag. 210 segg.; e Nuoeve questioni, I, pag. 293 segg.

[4]) Chironi, Colpa estracontratt., II, pag. 222.

[5]) Mosca, T., Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa, nel diritto civile, penale e amministrativo, Roma, 1896, pag. 7 e 25 segg.

[6]) Venzi, in note al Pacifici-Mazzoni, Istituzioni.

[7]) Schweizer Grenzpost 1886, N° 151—153.

« Die Begriffe Ehre und Geld sind bekanntlich in jüngster Zeit miteinander innigere Beziehungen eingegangen. Sie sind fungible Werthe geworden, die sich gegenseitig vertreten. Wer im Rock seiner Ehre ein Loch verspürt, klagt bei dem Urheber des Loches eine Anzahl Banknoten ein, um das Loch damit zu stopfen. Und hat er — mit Hilfe eines wohlwollenden Gerichtshofes — die Banknoten richtig auf die wunde Stelle des Rockes aufgenäht, so bildet er sich mit Befriedigung ein, er trage wieder ein funkelnagelneues unbeflecktes Ehrenkleid. »

Questi giudizi che ci mostrano chiaramente l'opinione degli avversari d'una riparazione pecuniaria del torto morale, partono da un sagionamento molto ristretto. Essi condannano il principio, osservando il danno morale esclusivamente sotto uno dei suoi esapetti e non da un punto di vista generale. La perdita di un essere caro è il loro punto di partenza nel ragionamento: ma questo è un caso fra mille.

Lo studio non unilaterale ma complessivo di questo problema, conduce a ben altre conclusioni e non ad una negazione radicale della riparazione morale alla quale alcuni negativisti fanatici hanno persino attribuito dei caratteri di immoralità.

Lo Stooss ha fatto a questo proposito notare che si tratta qui di una questione di cultura, appartenente «dem Gebiet der Sitte» e che deve essere risolta da ognuno «nach seiner persönlichen Auffassung von Anstand und Schicklichkeit». [1])

Ma se noi consideriamo le conseguenze di tale osservazione, vediamo che essa è giusta ma superficiale. Infatti la legge ha il dovere di guidare e illuminare l'opinione pubblica, l'obbligo di difendere questi beni immateriali, i più nobili e alti della vita sociale, e di opporsi a quelle correnti che abbandonano la difesa di essi a un freno meramente personale facoltativo, non imposto coattivamente, mediante la legge, all' osservanza di tutti. Il trovare immorale la riparazione pecuniaria di un danno morale ci pare assurdo.

Questi avversari non hanno una chiara visuale della morale, ma si smarriscono in discussioni filosofiche e non giuridiche. Quando parliamo di morale in questo lavoro, cosa precisamente intendiamo?

La morale sociale, cio è l'insieme delle norme nate dalla comunità degli uomini e basantesi sull' interesse sociale: il rispetto dell' onore, della libertà, dei legami di affetto ecc., ecco alcune di queste regole di cui si occupa la morale sociale.

Sarebbe dunque immorale il voler riparare pecuniariamente una violazione di queste norme?

Numerosi sono i casi in cui è purtroppo necessario valutare approssi-

[1]) Vedi Stooss, ZSR, 1886, XXVII, 5, pag. 617, nota 3.

mativamente col surrogato del denaro fatti che, per il loro altissimo valore morale, sfuggono a qualsiasi valutazione economica.

Il denaro in tali casi è una necessità sociale.

Ecco alcuni esempi tra gli innumerevoli che si possono presentare: il pagare l'onorario a un chirurgo che con abile operazione salva la vita a un ammalato, il ricompensare un atto di salvataggio di un pompiere, d'un marinaio o il ricompensare l'onestà d'una persona che consegna un ricordo smarrito.

E allora è in questi casi la ricompensa immorale? Ci sembra di no.

L'attribuire al denaro come fanno gli avversari della riparazione morale, una funzione di equivalenza, quasi si volesse mettere su di un piatto della bilancia una certa somma per ristabilire quell' equilibrio che era stato rotto con il peso dell' offesa subita, è un voler materializzare, un voler degradare il valore dei beni più sacri: è una concezione che dobbiamo respingere.

Il denaro per noi non è l'espressione esatta del valore, il contrappeso di un bene offeso o distrutto, ma, essendo il denaro, nelle moderne consociazioni, il comune denominatore di tutti i beni, di tutti i valori, il risarcimento non può praticarsi che con moneta.

Del resto il denaro, oltre che una funzione compensatoria per il danno effettivo patrimoniale, ne ha anche una satisfattoria o di riparazione del danno morale: onde si è parlato di prezzo del dolore (pecunia doloris). Anzi, taluni scrittori (così il Minozzi) hanno rilevato pure che, potendo il denaro servire a procurare quei moderati piaceri che temperano la pena del dolore sofferto, una certa equivalenza fra dolore e denaro deve altresì rinvenirsi. [1])

Alle teorie del Gabba che sopra abbiamo riportato il Brasiello obietta: « L'assunto che dall' idea del danno sia inseparabile quello d'un effetto penoso «durevole» è inaccettabile: la permanenza o temporaneità dell' effetto penoso, la durata maggiore o minore, si attiene al quantitativo, all' entità del danno, non all' esistenza di esso. Come il male morale, anche il fisico può essere di carattere permanente o transitorio, di durata maggiore o minore, ed il criterio della lunghezza o della brevità della sofferenza può servire solo di base nella misura dell' indenizzo. Del resto, anche un patema d'animo può durare permanentemente, o per un tempo assai apprezzabile: la perdita di un figlio è una piaga dell' anima il più delle volte insanabile. Può trattarsi di un essere economicamente improduttivo pel padre, anzi arrecante a costui spese ed oneri, eppure la perdita trae il genitore ad una vita

[1]) Minozzi, Studio sul danno non patrimoniale (danno morale), 2a. ed., Milano, 1909.

di dolore e di lagrime: appare contrario a ragione il non volere riconoscere in questa necessaria, fatale costrizione una ragione d'idenizzo. » [1])

Anche la massima romana « cicatricum autem, aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem » alla quale si appellavano i sostenitori delle teorie negative, è stata falsata nella sua interpretazione, perchè essa va intesa nel senso che non vi sia prezzo per la difficoltà della valutazione.

Nasce ora l'obiezione di immoralità: i piaceri procurati con questo denaro avrebbero la loro fonte in un dolore; ciò che appunto sarebbe immorale. Non ci pare, perchè il lavoro, la novella attività, lo svago che l'offeso può procacciarsi, grazie a quel denaro, sono un efficace fattore per diminuire il suo dolore, la sua mortificazione: si usa il denaro in mancanza d'altri mezzi più idonei. Se una migliore cicatrizzazione, un magico unguento avesse le virtù di guarire ogni lesione morale, anche le ferite più profonde, noi saremmo i primi ad accoglierli. Ma in mancanza di meglio, dobbiamo contentarci del denaro.

Troviamo molto più immorale il voler rinunciare a qualsiasi tentativo di alleviare il provocato dolore, per mancanza o per insufficienza di un mezzo perfetto. È ciò che ha già constatato il Kohler che nei suoi studi su questo problema afferma:

« Und es ist eine Jurisprudenz, welche Recht und Gerechtigkeit auch auf diese Gebiete hinüberträgt, unendlich idealistischer als die vielfach als Idealismus sich geberdende Rechtslehre, welche den Geldersatz nur für Vermögensbeschädigungen gewährt und in der Tat nichts anderes ist als eine partielle Rechtsverweigerung, und, insofern sie gerade den idealen Gütern den Rechtsschutz verweigert, nichts als platter, öder Materialismus. » [2])

Può darsi che da persone di cultura elevata il denaro sia tenuto in scarsa considerazione ed una tale riparazione ripugnerebbe alla loro natura. Questa classe cercherà altrove il conforto, rivolgendosi alla più nobile ed alta consolazione che può essere data dalla religione, dalla filosofia, dall' arte. Ma in realtà quanti sono coloro che hanno raggiunto, fra l'umanità intera, un sì elevato livello di educazione? A questo proposito siamo confortati dall' alta opinione di Burckhardt che scrive:

« Und doch ist das schliesslich nur ein sermocinari tamquam ex vinculis des eigenen Empfindens, das vergisst, wie unvermerkt Ueberzeugungen durch Faktoren, die anderswo leicht fehlen, beeinflusst werden, auf wie unendlich wechselnden Stufen sich das moralische Empfinden notwendig bewegt und wie verschieden schwer dieselbe ethische

[1]) Brasiello, T., Il nuovo codice penale, 3a. ed., Napoli, 1935. pag. 191.

[2]) Kohler, Patentrecht 1878, pag. 651/2.

Forderung wiegen kann je nach Person und Lage dessen, an den sie gestellt wird. » [1])

Compito della legge è di rivolgersi alla maggioranza e non a quegli esseri superiori che si allontanano dai comuni caratteri degli uomini normali.

È strano che occorra affaticarsi pel trionfo principio che non dovrebbe incontrare ostacoli di sorta e concludiamo con le bellissime parole del Brasiello:

« In tanta morbosa sensibilità pei ladri, pei sicari, per gli aggressori, che trovano nelle scusanti prevedute dai codici, nelle agevolazioni di regimi carcerari, nelle cure dei manicomi criminali, tanto larga, generosa, intelligente, sagace, e precisa valutazione dei loro sentimenti, è deplorevole la noncuranza nella quale si vogliono abbandonare: sentimenti offesi, conculcati, distrutti, della gente onesta. Il patema d'animo d'un colpevole dev' essere calcolato in tutti i gradi, nella sua origine, nella sua manifestazione, nella sua cura; quello della vittima d'un delitto dev' essere negletto, abbandonato, respinto. Ciò vale calunniare il legislatore, e calpestare ogni sentimento di giustizia bene intesa. » [2])

B) Argomenti d'ordine giuridico.

Gli argomenti precedenti come già rimarcò lo Stooss riguardano solo l'aspetto sociale, economico e morale del problema, ma ne trascurano l'aspetto giuridico.

L'arricchimento illegittimo dell' offeso costituisce il principale argomento giuridico contro la riparazione pecuniaria del danno morale.

Esso è stato sostenuto dal Martin in un articolo della Zeitschrift für schw. Recht, nel quale si legge:

«..... qu'au point de vue strictement juridique, le principe de l'article 55 CO [3]) est difficile à justifier.

L'indemnité équitable paraît juste quand on la considère par rapport à celui qui est condamné à la payer, et pour ainsi dire au moment où elle sort de son patrimoine. Il a causé un tort moral, il en est puni, il le mérite.

Mais cette condamnation semble beaucoup moins juste lorsqu'on l'envisage relativement à celui qui l'a obtenue, au moment où l'indemnité entre dans la patrimoine de ce dernier.

Pourquoi va-t-il retirer un bénéfice, petit ou grand d'une injure qu'il a reçue? Le droit et la logique ne sont pas satisfaits par ce paiement.

---

[1]) Burckhardt, C. Chr., Die Revision des schw. OR in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht. Referat in Basel. ZSR 1903. XLIV. 22. pag. 476.

[2]) Brasiello, T., op. cit., pag. 191.

[3]) Oggi, Art. 49.

La vraie solution consisterait à n'accorder une indemnité que pour un préjudice pécuniaire ou qui peut être évalué en argent; le patrimoine a été diminué contrairement au droit, il va être reconstitué.

Mais toutes les fois qu'il s'agit d'un dommage qui a pour objet les biens immatériels, qui par conséquent sont inappréciables en argent, la seule sanction doit être celle de la peine. » [1])

Vogliamo innanzi tutto chiarire i concetti di pena e di risarcimento dei danni, per evitare una confusione che, per l'apparente somiglianza, è stata ed è sempre possibile.

Binding [2]) dimostra in modo lampante questa differenza che il Guhl riafferma in modo chiaro e conciso in un suo studio del quale citiamo qui i punti salienti:

« Die von Binding gegen die Strafnatur des Schadenersatzes geltend gemachten Gründe sind folgende:

1. Jede Strafe hat nur einen Rechtsgrund, die schuldhafte Tat, d. h. die schuldhafte Verletzung des Rechts auf Botmässigkeit, eines öffentlichen Rechts, das dem Staate wider dem Delinquenten zusteht. Fundament der Schadenersatzverpflichtung aber ist vor allem der Schaden, der durch Verletzung eines dem Geschädigten zustehenden Vermögens-, etwa eines Sachen- oder Forderungsrechtes, entstanden ist.

2. Der Masstab der Ersatzverbindlichkeit ist ein anderer als derjenige der Strafe. Der Schadenersatz findet sein Mass, wenigstens seine Maximalgrenze, im angerichteten Schaden, die Höhe der Strafe dagegen richtet sich nach der Schwere der Tat und der Intensität der Verschuldung.

3. Die Ersatzverbindlichkeit ist nicht bestimmt, als Uebel für den Ersatzpflichtigen zu wirken. Sollte jene als Strafe wirken, so müsste sie:

a) von der Person des Schuldigen unlösbar sein, d. h. seine Erben dürften z. B. nicht mit der Ersatzklage belangt werden;

b) sie müsste eine nachteilige Wirkung auf das Vermögen des Ersatzpflichtigen hervorzubringen beabsichtigen;

c) würde der Delinquent unzurechnungsfähig, so dürfte die Ersatzklage nicht gegen ihn angestellt, ein ergangenes Urteil nicht vollstreckt werden;

d) wenn der Delinquent vermögenslos ist, so müsste eine Strafverwandlung eintreten;

e) wenn der Ersatz Strafe wäre, so müsste das Strafgesetz bei Berechnung der öffentlichen Strafe notwendig den geleisteten oder nicht

[1]) Martin, Alfredo, De la responsabilité résultant des délits d'après le Code fédéral des obligations, ZSR. VIII, Basilea, 1889, pag. 1 segg.

[2]) Binding, Die Normen, I, pag. 167 segg.

geleisteten Ersatz und die Grösse des zu leistenden Ersatzes in Betracht nehmen. Als vierten Punkt macht Binding namhaft, dass aus dem Delikt, wäre der Ersatz Strafe, nicht der Geschädigte, sondern der Staat forderungsberechtigt würde, und fünftens könnte der Schadenersatz, wäre er Strafe, nur in der Uebertretung des öffentlich-rechtlichen Verbots, d. h. eben im Delikte als solchem, seinen Grund haben. » [1])

Ecco i caratteri essenziali di queste due istituzioni. Risulta da quanto sopra anche la funzione della riparazione pecuniaria del danno morale: non pena ma soddisfazione per un dolore morale. E bene lo dimostra il Kohler il quale nella sua opera « Die Ideale im Recht » scrive:

« Es ist richtig, ein idealistischer Gedanke liegt zu Grunde: der Gedanke, dass das innere Glück nicht für Geld feil sei, dass keine Geldsumme ein Aequivalent geben könne für die Zerstörung des inneren Glückes. Aber es handelt sich ja nicht darum, Lebensgenuss, Ehre, Freiheit zu verkaufen, sie gegen pekuniäre Leistungen preiszugeben, sondern es handelt sich darum, dass sie eine frevlerische Verletzung erfahren haben, dass infolgedessen ein Gefühl des gestörten Wohlseins eingekehrt ist, und dass man versuchen soll, in die verletzte Seele ein Gefühl des Wohlbefindens zu bringen, welches wenigstens teilweise die erlittene Störung wieder gut machen soll. » [2])

Chiarita questa differenza tra pena e risarcimento del danno, esaminiamo ora il rimprovero di arricchimento illegittimo costituito dalla riparazione pecuniaria di un danno morale.

Nessuno metterà in dubbio che il leso ha subito col danno morale arrecatogli un'offesa alla sua personalità ed al suo patrimonio inteso in senso lato.

Economicamente parlando, patrimonio è quell'insieme di beni materiali, di diritti di facoltà ed anche di obbligazioni, valutabili in moneta, appartenenti ad un dato individuo. Ma esiste anche un patrimonio giuridico morale — ed è appunto di questo che vogliamo parlare — il quale non è limitato a ciò che, cadendo sotto i sensi, è tangibile materialmente, il che porterebbe alla negazione di ogni diritto incorporale.

Patrimonio è somma, è complesso di beni: uno stato individuale della persona, fisico o morale (per es. la vita, la salute, la libertà), od anche lo stato di una cosa (per es. lo stato di chiusura di una lettera), può essere un bene, come tutto ciò che può soddisfare e soddisfa un bisogno umano. «Beni, nel largo senso delle cose buone e belle, espresso dalla definizione latina: bona sunt quae beant, idest beatos faciunt. Buono e bello diciamo tutto ciò che dà origine in noi a stati particolari di piacere, indipendentemente dall'interesse che la pura conoscenza delle

[1]) Guhl, Untersuchungen zum Art. 51 OR, Bern, 1904, pag. 48 segg.

[2]) Kohler, Die Ideale im Recht, Archiv für bürgerl. Recht, V, pag. 257/8.

cose in questione possa avere per l'uomo di studio, e indipendentemente dal fatto che esse siano o non siano limitate per quantità, siano o non siano accessibili e apprensibili. L'aria pura, la luce, il calore del sole, la distesa del mare, il panorama alpino sono beni; ne possiamo godere, anche senza pensare ai componenti dell'atmosfera, ai colori dello spettro, alla velocità della luce, alla separazione delle terre dalle acque secondo la Genesi o secondo i geologi.» [1])

«È diritto dell'uomo di conservare imperturbati i propri stati psichici: l'uomo conforma la sua vita a che si verifichi, a che permanga il rapporto d'armonia fra l'azione dello stimolo esterno ed il sentimento fondamentale corporeo, ed in questa armonia si concreta il piacere. Il rapporto di armonia è un bene al cui mentenimento l'uomo ha diritto, è anzi il maggiore di tutti i beni, se si consideri che questi in tanto hanno ricevuto tal nome in quanto si presume che arrechino soddisfazione e piacere... La vita psichica non potendosi interamente separare, negl'individui normali, da quella fisica o fisiologica, il godimento dello spirito giova altresí al corpo, vivificando l'organismo, e rendendo l'uomo più fattivo anche nelle sue esplicazioni materiali.» [2])

Il danno morale costituisce indubbiamente un'offesa al patrimonio nel significato sopra lumeggiato: per forza di cose, e per mancanza di meglio, dobbiamo, come già dicemmo, ricorrere al denaro il quale non ha il compito di sostituire il bene che, per il fatto altrui, è venuto a mancare od è stato diminuito, ma quello di portare un sollievo, piccolo fin che si vuole ma pur sempre efficace nel limite del possibile, alla persona offesa. Certamente qualsiasi somma di denaro non sarà mai sufficiente a reintegrare nel patrimonio il valore dei beni ingiustamente perduti.

Così intesa la funzione del risarcimento pecuniario, l'accusa dell'illecito arricchimento viene a cadere.

C) L'incommensurabilità.

Il Tournier [3]) sviluppa in un suo lavoro questo terzo argomento: la riparazione pecuniaria del danno morale non è possibile, perchè il danno morale è incommensurabile e il suo valore non si può materialmente stimare in denaro, perchè i due termini non possono essere paragonati.

Per la sua natura stessa e per difinizione il danno morale è una cosa astratta e come ogni cosa immateriale non può essere valutata in moneta.

Abbiamo già precedentemente esaminato quale sia la funzione del

---

[1]) Benini, R., Principii di Economia politica, pag. 29.

[2]) Brasiello, T., op. cit., pag. 192.

[3]) Tournier, De la condamnation aux dommages-intérêts considérés comme moyen de contrainte et de peine, pag. 29.

denaro come risarcimento di un danno morale e ci sembra perciò inutile tornare sull'argomento.

È bensì necessario accennare all'obiezione secondo la quale la difficoltà della valutazione è tale per cui non esiste nessuna garanzia che la somma concessa rappresenti anche approssimativamente l'utilità del danno subito.

E certamente uno dei compiti più difficili per il giudice quello di dover apprezzare i sentimenti più intimi.

Ritorneremo nella parte pratica su questo tema; ma per il momento noteremo che se il giudice prende in considerazione le circostanze del fatto, la personalità del leso e quella dell'autore del delitto, la gravità di questo e soppesa questi fattori diversi, potrà determinare in misura abbastanza precisa la portata dell'offesa e il giudizio non sarà praticamente parlando impossibile.

Questo nobile compito spetta naturalmente a giudici coscienziosi i quali, guidati dalla propria esperienza e dal buon senso renderanno senza dubbio giustizia a chi si è a loro appellato. Il giudice terrà presente che nel valutare il danno morale egli non deve determinare un'equivalenza ma che il suo compito è di fornire una soddisfazione al leso.

Il ritenere impossibile tale giudizio lo troviamo errato, considerando pure le facoltà discrezionali attribuite al giudice penale in infiniti altri casi di indole puramente morale; altrettanto dicasi del campo civile sulle facoltà spettanti al giudice, ad esempio nell'istituto del divorzio.

§ 2. Teorie miste

Il Matthias [1]), il Seng [2]) e altri autori, pur ammettendo il principio della risarcibilità pecuniaria del danno morale puro, distinguono i danni morali in due categorie, limitando la risarcibilità ad una di queste.

Nella prima categoria essi includono quei beni immateriali per i quali, in caso di lesione, è possibile una valutazione pecuniaria oggettiva del danno subito: fra questi beni i suddetti autori comprendono la vita, l'onore, la salute e, rispetto ad essi, ammettono la possibilità di un risarcimento pecuniario.

Per la seconda categoria, formata da quei beni immateriali d'indole assolutamente personale quali i legami di affetto, essi negano la concessione di qualsiasi risarcimento a titolo di soddisfazione, perchè si tratta qui di beni di valore puramente soggettivo individuale, e perciò non valutabili.

Questo tentativo di incasellare i beni immateriali in categorie, come sopra abbiamo visto, ci sembra poco razionale.

---

[1]) Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Gesetzbuches, § 847.

[2]) Seng, Archiv für bürg. Recht, V, pag. 362 segg.

Il voler classificare automaticamente i beni più intimi ed astratti come se si trattasse di una merce, non ci sembra nè equo in considerazione delle conseguenze pratiche della suddivisione stessa, nè possibile sol che ci si fermi un istante a riguardare la complessa natura onde questi beni immateriali sono costituiti.

Abbiamo detto che la suddetta distinzione non ci sembra basata su di un senso di equità per le sue conseguenze pratiche: infatti, una volta ammesso il principio della risarcibilità, perchè tirarsi indietro di fronte a quei beni compresi nella seconda categoria, per la sola ragione che questi sono più difficilmente valutabili dei primi? Dato che la funzione del denaro è quella di attribuire al leso una certa soddisfazione per il danno subito, non sarebbe forse iniquo negarla, semplicemente per una ragione di carattere pratico, a chi è stato toccato nei suoi affetti più sacri, mentre la si concede ad altri trovantisi in condizioni identiche, ma più facilmente valutabili?

La coscienza di un giudice capace di stimare con giusto senso di equità i sentimenti interni dell'uomo: ecco il vero mezzo di misurare i beni immateriali, invece di una tabella a regolatore automatico.

Il Dorville, riportando l'affermazione del Laborde secondo il quale l'affetto è un sentimento personale che rifugge a qualsiasi valutazione pecuniaria, scrive infatti:

«Ce qu'on veut réparer c'est une souffrance intime, dans le cas d'atteinte à l'honneur aussi bien que dans d'autres cas, l'indemnité ne veut pas réparer la perte de notre réputation, mais les souffrances morales, toutes intimes, toutes personnelles que ces imputations diffamatoires nous ont causées.» [1])

§ 3. Teorie affermative

La grande maggioranza dei giuristi che si interessarono di questo tema è partigiana della dottrina affermativa, secondo la quale il danno morale puro è risarcibile.

Citeremo fra questi i più noti.

In Francia Rauter, Dupin, Le Sellyer, Sourdat, Demolombe, Laurent, Larombière, Chausse, Lacoste, Dorville.

Ci limitiamo a riportare un testo di Dorville, in quanto anche gli altri esprimono, se pur con diverse parole, concetti sostanzialmente identici:

«Le patrimoine moral, peut ressentir des atteintes, elles constitueront pour celui qui les subit des préjudices moraux. De ces préjudices moraux innombrables et divers, les principes généraux de notre droit s'opposent à ce que le juge, hors des cas spécifiés par la loi, accorde des réparations morales, il devra donc accorder des réparations pécuniaires.

[1]) Dorville, op. cit., pag. 65.

Ces dommages-intérêts bien entendu, ne devront jamais avoir le caractère d'une peine. Ils ne sont pas destinés a punir le coupable, l'auteur de l'acte illicite, mais à indemniser la victime, la partie lésée.

Leur importance ne doit pas varier suivant le degré de la faute de l'auteur du délit, mais suivant le préjudice ressenti par la partie lésée.» [1])

Ammiratore fervido di queste idee enunciate dalla dottrina francese fu il Kohler il quali così si esprime:

«Voll und wahr waltet der Gedanke der Entschädigung der verletzten Idealgüter in der französischen Jurisprudenz: eine der glänzendsten Seiten der französischen Rechtsübung, mehr wert vielleicht als alle jene Vorzüge zusammengenommen, mit welchen die deutsche Rechtspflege es der französischen zuvor tun will. Es ist dies die compensation particulière à la souffrance, welche die französischen Gerichte nach völlig freiem richterlichem Ermessen für den erlittenen körperlichen oder seelischen Schaden gewähren.» [2])

Ma già prima di lui lo Jehring fu fautore in Germania delle stesse dottrine e trovò dei seguaci nel Gierke, e nel Planck. Anche il giurista austriaco Unger [3]) difende questo punto di vista in un articolo apparso nella Grünhuts Zeitschrift.

Autorevolmente la tesi della risarcibilità del danno morale fu sostenuta in Italia da illustri giuristi fra i quali citiamo il Giorgi [4]), il Minozzi [5]), il Polacco [6]), il Brugi [7]), il De Ruggero [8]), il Brasiello [9]).

Di questi ultimi tre ci piace riportare qualche testo.

Il Brugi rilevò che, «anche a sè un danno morale indipendentemente cioè da conseguenze patrimoniali, è tal pregiudizio all'individuo che non può essere trascurato dal giudice».

E parimenti il De Ruggero: «Danno è pur sempre, e risarcibile, l'offesa all'onore, la percossa, l'ingiuria, perchè basta il turbamento arrtcato dall'atto illecito alle relazioni psichiche, alla tranquillità, agli affetie d'una persona per produrre una menomazione nel godimento del diritto rispettivo».

Da ultimo il Brasiello nell'opera già più volte citata scrive: «Il pa-

[1]) Dorville, op. cit., pag. 68.
[2]) Kohler, op. cit., pag. 652.
[3]) Unger, Grünhuts Zeitschrift, V. VIII, pag. 229.
[4]) Giorgi, Obbligazioni, V, n. 161.
[5]) Minozzi, op. cit., 2a. ed.
[6]) Polacco, Obbligazioni, 2a. ed., n. 126.
[7]) Brugi, In Riv. dir. comm., 1927.
[8]) De Ruggero, Istituzioni di dir. civile, 5a. ed., 1928.
[9]) Brasiello, op. cit., pag. 192.

tema d'animo è stato emotivo che può trarre l'uomo alla follia, determinare in lui idee fisse, e che, in ogni caso, senza che si giunga ad estreme conseguenze, turba lo spirito, altera il sistema circolatorio, cagiona tumulto di sentimenti, o crisi di prostrazione, che si producono in maniera talvolta più violenta, tal'altra più o meno attenuata, al ripresentarsi della causa che li provocò. Il patema è perturbazione, malattia dello spirito. Ci è sembrato sempre immorale l'assunto che alla donna, vittima di una lesione produttiva di sfregio, competa un indenizzo per le miserevoli spese di cura medica e per una mancata decorosa situazione economica, se provi che abbia perduto la possibilità di contrarre un buon matrimonio, ma non per la venustà perduta, pel dolore che sempre la turberà, nel vedersi sconciamente ridotta, in guisa da suscitare disgusto o ripugnanza. Del pari è antigiuridico il sostenere che l'uomo tradito dalla consorte debba essere indenizzato delle eventuali maggiori spese pel mutato regime domestico, e non del danno per la perduta serenità e tranquillità, per il patema d'animo permanente, tormentoso.»

Una pagina più avanti:

«Negare la risarcibilità dei danni morali è un regresso, e ce ne dà ormai ragione il progetto del codice unico delle obbligazioni italo-francese, che accoglie il principio della risarcibilità.» [1])

Con queste nobili parole che dovrebbero essere lungamente meditate dagli avversari di un risarcimento del danno morale, chiudiamo questa prima parte nella quale abbiamo voluto dare un rapido sguardo alle dottrine che nell'argomento studiato si contendono il campo.

---

[1]) Brasiello, op. cit., pag. 192/3.

PARTE SECONDA

Diritto Federale

CAPITOLO I

Cenni storici

Come introduzione della seconda parte del nostro studio ci pare opportuno dare alcuni brevi cenni storici alle antiche e moderne legislazioni che favorirono lo sviluppo e servirono di base al nostro codice nel problema del danno morale puro. Essendo stato questo punto già trattato in modo esauriente da molti autori [1]), ci limitiamo qui a riportare il minimo indispensabile.

A) Legislazioni antiche

La funzione della riparazione pecuniaria presso i Romani è stata messa in piena luce dal Mommsen, dal Kohler, dal Dernburg, dallo Jhering, il quale ultimo scrive a questo proposito:

«Ich habe im Bisherigen das Quellenmaterial, das ich mir seit Jahren gesammelt habe, und das sich wahrscheinlich noch wird vermehren lassen, vollständig mitgetheilt, und ich habe um den Eindruck nicht abzuschwächen, und zugleich, um auf einzelne entscheidende Quellenäusserungen Bezug nehmen zu können, die Quellen selber sprechen lassen. Ich fürchte nicht auf Widerspruch zu stossen, wenn ich auf Grund dieses Materials folgende Sätze aufstelle:

1. Es ist ein Irrthum, wenn man aus der Einrichtung der Geldcondemnation im römischen Prozess den Schluss zieht, dass der Richter

[1]) Stooss, Das Verhältnis der zivilrechtichen Haftbarkeit nach Art. 50 ff. des schweiz. OR zum kantonalen Strafrecht, insbes. bei Pressdelikten. Referat ZSR. XXVII (N F V).

Bocksch, Die rechtliche Natur der gemeinrechtlichen Schmerzensgeldklage. Erlanger Diss. Bromberg, 1898.

Steinert, Der Ersatz eines immateriellen Schadens, insbes. nach dem BGB. Erlanger Diss. Lübben, 1899.

Seng, op. cit.

Prélaz, De la réparation du tort moral résultant de mort d'homme ou de lésions corporelles d'après le droit civil suisse. Lausanne, 1893.

Martin-Achard, op. cit.

nur Interessen und Güter habe schätzen können, welche einen ökonomischen Werth haben. Die Geldcondemnation in seinen Händen umfasste vielmehr alle Interessen, die das Recht für schutzbedürftig und schutzwürdig anerkannte. Zu der «vera rei aestimatio» als Gegenstand der richterlichen Schöpfung gesellen sich dem obigen nach noch hinzu:

«affectus, affectiones, verecundia, pietas, voluptas, amoenitas, incommoditas» u.a.m.

Dem Kläger soll nicht bloss für pekuniäre Verluste, sondern auch für die erfahrene Minderung seines Wohlseins oder Betragens, für verursachte Unannehmlichkeiten, Gemütsaufregungen, Kränkungen u. s. w. ein Ersatz geleistet werden, und zwar nicht etwa eine im Voraus durch das Gesetz festgestellte Strafsumme, sondern der Richter hat mit Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse nach freiem Ermessen die Ausgleichungssumme zu bestimmen (quanti interest ex injuria), kurz das Geld hatte im römischen Prozess neben seiner Aequivalent- und Straffunktion auch die Satisfactionsfunktion.» [1])

Riparazioni pecuniarie per lesioni di beni immateriali si trovano anche nel diritto germanico antico, come è messo in evidenza dal Seng:

«Auch bei ihnen (Germanen) wurde die Verletzung des Einzelnen regelmässig nur als solche, nicht als Missethat gegen die Allgemeinheit betrachtet. Die Rechtsordnung entzog dem Thäter seinen Frieden im Verhältniss zu dem Verletzten, machte ihn relativ friedlos und liess der Rache in Form der, freilich nicht völlig der subjektiven Willkür anheimgegebenen, sondern in Bezug auf Art und Umfang der Ausübung gewissen Regeln unterliegenden Fehde ihren Lauf.

Die Rache verschaffte dem Verletzten in erster Linie diejenige Genugthuung, welche ihn nach dem oben Gesagten später die Strafe gewährt; das Gefühl, dass an dem Thäter Vergeltung geübt wurde, seiner Ueberhebung die Demütigung folgte, hob die durch die Missethat erregte Empörung wieder auf.

Dass daneben der Verletzte auch aus der Habe des Thäters, die von der Friedlosigkeit mitbetroffen wurde, sich schadlos hielt, also Selbsthülfe i. e. S. übte, und dass dies neben der Rache zu seiner Beschwichtigung beitrug, ist selbstverständlich.

Entschied über das Mass der Genugthuung bei der Fehde die Leidenschaft, so übernahm die Ueberlegung diese Funktion, wenn es zur Sühne kommen sollte. Der Verletzte forderte oder der Thäter bot, was den Rachedurst des ersteren beschwichtigen konnte; das Angebotene musste, wenn es diesen Zweck erfüllen sollte, nach seiner Bedeutung für den Verletzten, wenn auch nicht in seiner äusseren Form dem entsprechen, was der Letztere sich durch . ache und Selbsthülfe verschafft

[1]) Jhering, Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn, Jahrbücher III, XV.

haben würde: eine Demüthigung des Thäters und einen Vermögensvortheil für den Verletzten, letzteres auch da, wo nach unserer feineren Empfindungsweise eine Vergütung des Schadens durch Geld nicht möglich ist. Dafür aber, dass nicht der Erwerbstrieb *allein* den Verletzten zur Sühne bestimmte, dass nicht ein einfaches Abkaufen der Rache vorlag, sondern dass das pönale Element, das in der Geldleistung liegende Eingeständniss des Unrechtes, die Selbstbenachtheiligung des Thäters hinzukommen musste, spricht nicht nur der verhältnissmässig hohe sittliche Standpunkt der Germanen, sondern auch das Beispiel anderer, zum mindesten nicht höher stehenden Völker, bei welchen dieser Bestandtheil der Sühneleistung noch in besonderen demüthigenden Formen derselben seinen Ausdruck finden musste.

Ueber die Art und Höhe der Leistung entschied ursprünglich das, allmälig wohl mehr und mehr von einer sich entwickelnden öffentlichen Meinung geleistete Ermessen bez. seiner Sippe, später der Richter, wenn der Verletzte statt des Weges der Selbsthülfe den der Klage auf Strafe (Friedlosigkeit, sühnbare Acht) betrat, bis schliesslich in den Volksrechten die gesetzliche Fixirung der Sühneleistung erfolgte und dem Verletzten (wenn er nicht zur Fehde schreiten wollte) ein Recht auf sie eingeräumt wurde, während nur im Falle der Thäter seiner Leistungspflicht nicht nachkam, Friedlosigkeit gegen ihn eintrat.

An der viel erörterten Natur der Leistung hat sich dadurch nichts geändert. Die Busse «bessert» die Verletzung nur durch die Beibehaltung ihrer Doppelnatur, dadurch dass sie zugleich Strafe und Reparation im heutigen Sinn ist.

. . . . . .

Während die Unterscheidung von Strafe und Reparation besonders deutlich zu Tage tritt in jenen Bestimmungen zahlreicher Volksrechte, wonach wegen Diebstahls und Raubs der Thäter (ausser Friedensgeld und der zweifelhaften dilatura) sowohl Busse als Kapitale, d. h. Rückgabe bezw. Ersatz des Entwendeten zu leisten hatte. Obwohl nach dem Vorhergehenden Strafe und Reparation im ältesten germanischen Recht in einer Leistung vereinigt waren, so that dort schon früh das Gefühl ihrer Verschiedenheit ein. Reparation trat nicht nur ein für Vermögensbeschädigungen, sondern auch für Verletzung anderer Güter der verschiedensten Art; mehr wie die ersteren sind Verletzungen von Leben, Leib und Freiheit Gegenstand von Bussbestimmungen.

Wenn nur im Verlaufe der ferneren Rechtsentwicklung die Scheidung von Strafe und Reparation sich weiter vollzogen und die erstere aus der Privatstrafe mehr und mehr zur öffentlichen geworden ist und als solche die genugthuende Funktion der früheren Privatstrafe übernommen hat, so wäre dies kein Grund gewesen, die Reparationsverbindlichkeit auf

den Ersatz von Vermögensschaden zu beschränken, die Vergütung anderen Schadens auszuschliessen. Dass dies nach der Rezeption des römischen Rechts dennoch geschehen und dadurch wichtigen Gütern der Rechtschutz entzogen worden ist, ist ein Missstand, dessen Abstellung, wie die obigen Ausführungen ergeben, die öffentliche Meinung der Juristenwelt so übereinstimmend verlangt, dass nicht mehr das *Ob* sondern nur noch das *Wie* einer Erörterung bedarf.» [1])

Lo Schmerzensgeld (pecunia doloris) ha anche nel diritto comune la funzione di risarcimento come noi lo intendiamo. Infatti il Wächter scrive:

«L'argent et la souffrance font partie de deux domaines absolument différents, mais on est souvent obligé dans la science juridique d'établir des relations entre certaines choses d'essences dissemblables.

C'est le cas, par exemple, en droit pénal et c'est aussi le cas en droit civil, pour l'indemnité pour rupture de fiançailles. Il arrive souvent dans la vie que l'on récompense avec de l'argent des services inestimables pécuniairement parlant et que l'on tente d'effacer des souffrances non pécuniaires avec des présents, sans que cela soit une peine pour celui qui donne l'argent, mais bien une réparation pour celui qui le reçoit.

Il n'y a donc rien d'impossible à ce qu'une loi ou une coutume considère le Schmerzensgeld non comme une peine mais comme une réparation.

Si le Schmerzensgeld était une peine, le montant de l'indemnité serait établi selon des règles toutes différentes de celles qui fixent le montant d'une réparation.

Ce qui doit déterminer la réparation c'est uniquement le genre et l'étendue de la douleur et non, le plus ou moins de culpabilité de l'auteur du dommage.» [2])

B) Legislazioni moderne

Il codice civile germanico non ammette il principio di un risarcimento dei danni morali ma conosce però delle eccezioni. Il

§ 253.

«Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.»

I «Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches» chiariscono pure questo punto:

«Durch allgemeine Anerkennung eines Entschädigungsanspruches

[1]) Seng, op. cit., pag. 369 segg.

[2]) Wächter, Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen, Leipzig, 1874, pag. 74 segg., rip. da Martin-Achard, op. cit., pag. 29.

wegen Verletzung eines nichtvermögensrechtlichen Interesses würde dem Richter jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnisse beigelegt, welche erst bei der Beratung der Reichszivilprozessordnung nach reiflicher Prüfung als bedenklich erfunden und deshalb verworfen wurde; insbesondere liessen sich Schranken für das Ermessen des Richters kaum aufstellen...

Anlangend den Fall deliktischer Zufügung eines anderen als eines Vermögensschadens, so müssen freilich an sich auch die sog. idealen Rechte gegen widerrechtliche Verletzung gesichert werden und es kann dieser Schutz nicht ausschliesslich in das Strafrecht verlegt werden; vielmehr ist dem Verletzten geeignetenfalls nach den Postulaten der Gerechtigkeit auch eine Schadloshaltung zu gewähren. Obwohl auch in der Doktrin die Stimmen für die Berücksichtigung nichtvermögensrechtlichen Schadens in Schädenprozessen sich mehren, sind doch die angeführten Bedenken überwiegend und ausschaggebend gegen die Aufnahme einer allgemeinen und deshalb unbestimmten, für die meisten und grössten Rechtsgebiete überdies zu einer einschneidenden Neuerung führenden Rechtsnorm, nach welcher eine durch das freie Ermessen des Richters zu bestimmende Entschädigung wegen deliktischer Verletzung eines anderen als eines Vermögensinteresses in Geld gefordert werden könnte. Dem Hauptbedürfnis ist Genüge getan durch die Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Busse und die reichsgesetzlichen Vorschriften über den Schutz des geistigen Eigentums sowie durch die von dem Entwurf in besonders geeigneten Fällen ausnahmsweise gewährte rechtliche Möglichkeit eines Geldersatzes für einen andern als einen Vermögensschaden. Zu bemerken ist überdies, dass der Entwurf nur den Anspruch auf Entschädigung abspricht, nicht den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes (§ 219), wann und soweit dieser in den in Betracht kommenden Fällen praktisch werden kann.» [1])

Sulle diverse interpratezioni di questo articolo e in merito alla portata attribuita alla parola «Schaden» il Windscheid [2]) nota che ivi sono pure compresi i danni psichici (patema d'animo, ecc.).

Un'indennità pecuniaria ai congiunti dell'ucciso a titolo di riparazione per i danni morali subiti non è attribuita come nel nostro codice (OR Art. 47); ciò è biasimato dal Gierke [3]) il quale loda invece il nostro codice.

---

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines BGB, Berlin, 1888, II, pag. 22/3.

[2]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. (Kipp), Frankfurt, 1900, II, pag. 892.

[3]) Gierke, Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht, Leipzig, 1889, pag. 269.

Un'altra eccezione è quella prevista dal

§ 1300.

«Hat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, dass er durch Vertrag anerkannt oder dass er rechtshängig geworden ist.»

In materia contrattuale il § 343 rappresenta pure un'eccezione al principio della non risarcibilità del danno morale:

«Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismässig hoch, so kann sie auf Antrag des Schadens durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloss das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. Das Gleiche gilt auch ausser den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.»

Anche il codice austriaco nel § 1325, concedeva un'indennità pecuniaria pei dolori sofferti in caso di danno al corpo:

§ 1325.

«Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten; ersetzt ihm den entgangenen, oder, wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst; und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhabenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.»

Nella legislazione francese è da lungo tempo principio fodamentale quello della risarcibilità dei danni morali (tort moral). Dorville fa rimarcare che questo istituto era già conosciuto prima del Code Napoléon:

«Il n'est pas vrai, que la jurisprudence française a innové, lorsqu'elle a timidement dessiné dès le premier quart de ce siècle (XIX^{e} siècle) l'évolution qui devait aboutir à la reconnaissance du principe de réparation pécuniaire du préjudice moral. Loin d'innover elle ne faisait que s'inspirer de décisions de notre ancienne jurisprudence.»[1])

A queste righe egli fa seguire numerose sentenze tolte dall'antica giurisprudenza francese dove il danno morale viene risarcito per mezzo di una riparazione pecuniaria.

La questione del risarcimento dei danni causati da delitto e quasi delitto è contemplata dagli articoli 1382, 1383 del Code civil:

---

[1]) Dorville, op. cit., pag. 34 segg.

Art. 1382.

«Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.»

Art. 1383.

«Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.»

Non esiste nel codice civile francese un'espressa dichiarazione riguardante i danni morali, il «tort moral»; ma la dottrina e la giurisprudenza intendono concordemente per «dommage» sia il danno pecuniario sia il danno morale risultante da un atto illecito. Ciò è confermato dal tribuno Tarrible in un discorso tenuto in sede di discussione sul Code civil:

«L'article 1382 parle d'un dommage en termes absolus qui ne comportent pas de distinctions; tout dommage doit donc être réparé, le dommage moral aussi bien que le dommage matériel. L'esprit de la loi est en ce sens; la loi veut sauvegarder tous les droits de l'homme, tous ses biens: or, notre sûreté, notre situation de famille, notre position sociale font partie de nos biens.» [1])

Anche in Italia la risarcibilità del danno morale (offesa all'onore, al credito, all'intelligenza della persona, o anche mero dolore morale propriamente detto o patema d'animo), è ammessa dall'opinione dominante.

In diritto civile la questione è stata sino ai nostri giorni insoluta o per lo meno dubbia, ma, secondo l'autorevole opinione del Coviello, dopo la pubblicazione del nuovo codice penale il cui articolo 185 dice:

«Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili.

Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui»,

si ha la soluzione esplicita della risarcibilità del danno morale, anche in sede civile, facendosi ricorso alla analogia e ai principi generali del diritto.

«L'articolo 85 del progetto italo-francese di un codice delle obbligazioni autorizza il giudice ad attribuire un'indennità alla vittima, in caso della lesione della persona, di attentato all'onore, o alla reputazione della persona o della sua famiglia, di violazione alla libertà personale o del domicilio o di un segreto concernente la parte lesa. La relazione al progetto (p. LXXXVI) dichiara questi casi contemplati nell'articolo tante esemplificazioni di danni morali che debbono essere risarciti, risolvendo così la vessata questione della risarcibilità di questi danni.» [2])

---

[1]) Cfr. Sirey, Recueil général, 82, 4, 9, N° 1.

[2]) Maroi, Il progetto italo-francese sulle obblig., Modena, presso Università, 1928.

Nel diritto svizzero troviamo nelle codificazioni cantonali vigenti prima della unificazione, disposizioni concernenti la risarcibilità del danno morale. Nei cantoni tedeschi ci si richiama generalmente al diritto comune e nei cantoni francesi al diritto francese. [1])

Si parla di Schmerzensgeld nei codici civili dei cantoni Zurigo (§ 1845), Berna (Satzung 966), Lucerna (Art. 718), Argovia (§ 801).

CAPITOLO II

Delle obbligazioni derivanti da atti illeciti

Il nostro CO tratta della riparazione del danno extracontrattuale nei suoi articoli 41 segg. e della riparazione del danno contrattuale negli articoli 97 segg.

Il nesso esistente tra le due obbligazioni, quella derivante cioè da atto illecito e quella conseguente ad un inadempimento di obbligazione precedente, è dato dal secondo capoverso dell'articolo 99 il quale dice:

> «Del resto le disposizioni sulla misura della responsabilità per atti illeciti sono applicabili per analogia agli effetti della colpa contrattuale.»

Questo capoverso non esisteva nell'antico CO del 1881 ed è di grande importanza, come meglio vedremo a suo luogo.

Seguendo l'ordine del codice, tratteremo dapprima il problema della riparazione del danno morale puro derivante da colpa extracontrattuale (atto illecito) ed in seguito del danno morale derivante da colpa contrattuale (inadempimento d'obbligazione).

§ 1. Generalità

Il principio della riparazione del danno è posto dall'articolo 41:

> «Chiunque è tenuto a riparare il danno illecitamente cagionato ad altri sia con intenzione, sia per negligenza od imprudenza.
>
> Parimenti chiunque è tenuto a riparare il danno che cagiona intenzionalmente ad altri con atti contrari ai buoni costumi.»

Fonte di questo articolo è l'articolo 1382 del Code civil français: «Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé à le réparer.»

Il secondo alinea dell'articolo 41 ha fonte nel DBGB § 826: «Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.»

[1]) Cfr. Martin, op. cit., pag. 1—44.

Secondo l'Oser la cui opinione è anche da noi condivisa, questo capoverso è di scarsa portata. Infatti egli scrive:

«Die im zweiten Absatz des Art. 41 enthaltene Bestimmung, die eine gegen die guten Sitten verstossende Handlung teilweise den widerrechtlichen gleichstellt, war im Gesetz von 1881 nicht enthalten. Dem deutschen Gesetzbuch (§ 826) entnommen, wo sie mangels einer unserem Art. 41 entsprechenden allgemeinen Vorschrift wichtige Funktionen zu erfüllen hat, wurde sie bereits in Langenthal, dann besonders in der Expertenkommission und in der Nationalratskommission -- der Nationalrat strich die Bestimmung, der Ständerat stellte sie aber wieder her — stark angefochten, und zwar weniger wegen deren gefährlichen Konsequenzen, als weil man sie für überflüssig hielt (Prot. vom 6. Mai 1908, S. 4 f.). Dies namentlich, weil nach subjektiver Auffassung des Wortes «widerrechtlich» oder angesichts der weiten Auffassung der «Rechtsordnung» und des «rechtlich geschützten Interesses» durch das Bundesgericht fast alle von Abs. 2 betroffenen Fälle durch Abs. 1 mitberührt werden.

Nachdem nun Interessen, die vorher mit zweifelhafter gesetzlicher Grundlage gerichtlichen Schutz genossen hatten, durch Art. 28 des ZGB ausdrücklich zu Rechtsgütern erhoben worden sind, nachdem ferner (in Art. 48 des OR) eine besondere Vorschrift zur zivilrechtlichen Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes besteht, und endlich Art. 2 des ZGB das Handeln gegen Treu und Glauben als widerrechtlich hinstellt, wird das Anwendungsgebiet der neuen Vorschrift unseres Artikels nicht sehr weit sein. Sie wird hauptsächlich als letztes Aushilfsmittel in Fällen angerufen werden, wo es zweifelhaft ist, ob die oben genannten Vorschriften noch anwendbar sind.» [1])

Laddove nei contratti e quasi contratti l'obbligazione sorge dal fatto lecito dell'uomo, qui essa sorge da un fatto illecito. Ogni fatto umano lesivo all'altrui diritto obbliga colui, a cui il fatto è imputabile, a risarcire il danno.

Si ha delitto, quando il fatto lesivo dell'altrui diritto è compiuto con dolo («con intenzione»), quasi delitto quando è compiuto con mera colpa («per negligenza od imprudenza»). Delitto e quasi delitto danno luogo ad un effetto eguale, l'obbligo del risarcimento; e possono ricondursi ad un concetto unico: quello del delitto civile (in contrapposto a quello penale).

Perchè si abbia obbligo di risarcimento, occorrono due elementi, uno obiettivo, il danno prodotto dal fatto illecito, l'altro subiettivo, la colpa in chi lo ha compiuto, onde il fatto stesso è la lui imputabile.

Il danno in senso giuridico non si ha se non quando vi sia violazione

---

[1]) Oser, H., Kommentar zum schw. OR, I, pag. 302.

dell'altrui diritto. Il colpevole deve risarcire sia il danno emergente sia quello lucrocessante.

L'articolo del codice civile francese, come abbiamo già detto nel capitolo precedente, comprende non solo il danno materiale ma anche quello morale.

Sebbene esso abbia servito di base al nostro articolo 41, il danno inteso dal nostro CO non è di cosí vasta portata.

Il danno morale è dal nostro codice appositamente considerato da due articoli (47 e 49) che esamineremo particolarmente più avanti.

Danno (Schaden) è da intendersi esclusivamente nel significato economico e materiale. Così afferma infatti lo Stooss:

«In der Rechtssprache wird unter Schaden regelmässig nur ein vermögensrechtlicher Nachteil, ein ökonomisches Interesse verstanden, und auch das schweizerische Obligationenrecht vermeidet den Ausdruck Schaden, wo es sich nicht um einen vermögensrechtlichen, sondern um einen rein ideellen Nachteil handelt.» [1])

Anche il von Tuhr nel suo commentario del codice federale delle obbligazioni scrive:

«Par «dommage» le CO n'entend que le dommage matériel, mais non le tort moral, l'offense (Kränkung), à savoir les souffrances physiques ou morales résultant d'une atteinte illicite à la personne ou aux intérêts personnels.» [2])

L'elemento subiettivo affinchè si abbia obbligo di risarcimento è la colpa, anche la lievissima. Essa rende il fatto imputabile a chi lo ha compiuto, e fa sorgere in lui la responsabilità civile.

Il nostro codice si basa in linea di massima sulla dottrina della responsabilità soggettiva (Art. 41), fondata sul principio tradizionale che non vi è responsabilità senza colpa. Ma questa dottrina soffre qualche eccezione, dandosi così luogo alla teoria della responsabilità oggettiva, o della responsabilità senza colpa. Secondo questa teoria, l'obbligo della riparazione pecuniaria del danno deve essere indipendente dalla ricerca della imputabilità (Art. 54). Torto risarcibile si ha tutte le volte che vi ha un nesso di causalità tra il danno e il fatto che lo produce, purchè questo fatto appartenga alla sfera giuridica di altra persona che non sia il danneggiato stesso.

In questa sua forma più cruda, tale teoria fu giustamente detta brutale. Ma in altra forma più attenuata, essa è accettabile, in quanto cioè si basi sul concetto dell'«agire a proprio rischio», vale a dire sul principio: che le quante volte una data maniera di attività è spiegata nell'interesse di una persona, questa deve essere tenuta a risarcire il

---

[1]) Stooss, op. cit., pag. 586.

[2]) Tuhr, v., A., Partie général du Code fédéral des Obligations, I, pag. 105.

danno che quell'attività ha cagionato ad altri, come è previsto ad esempio negli articoli 55 e 56.

Basandosi su altre considerazioni il Guhl scrive a sua volta:

«... eine strikte Durchführung eines Haftungsprinzips, speziell des Verschuldungsprinzips, dazu völlig ungeeignet ist, erhellt sich aus der Natur und dem inneren Wesen des Haftungsgrundes.» [1])

Per ciò che particolarmente si riferisce al nostro lavoro, abbiamo già fatto notare precedentemente che l'articolo 41 può riferirsi solo ai danni materiali per i quali il leso ha, in base all'articolo stesso, un diritto al risarcimento del danno causatogli dall'altrui fatto illecito.

Per quanto riguarda invece la riparazione del danno morale, bisogna richiamarsi agli articoli 47 e 49 del CO.

Passiamo dunque senz'altro all'esame dettagliato di tali articoli.

§ 2. L'articolo 47 CO

> «Nel caso di morte di un uomo o di lesione corporale il giudice, tenuto conto delle particolari circostanze, potrà attribuire al danneggiato o ai congiunti dell'ucciso un'equa indennità pecuniaria a titolo di riparazione.»

Questo articolo è il complemento dei due precedenti articoli 45 e 46 che regolano il risarcimento del danno materiale, nei casi di morte di un uomo (Art. 45) e di lesione corporale (Art. 46). Mentre nei due precedenti articoli il legislatore esamina in quali casi si ha diritto ad un risarcimento del danno materiale sofferto rispettivamente dai congiunti dell'ucciso o dal leso, l'articolo 47, pur riattaccandosi agli articoli precedenti considera solamente il danno morale e la possibilità di attribuire alle persone lese un'equa somma a titolo di riparazione per quei danni immateriali che non sono considerati dagli articoli 45 e 46. L'origine di questo articolo 47 CO va ricercata nell'articolo 7 della legge federale del 1 luglio 1875 sulla responsabilità delle ferrovie (EHG), che dice:

«In caso di dolo o di grave negligenza comprovata dello stabilimento dei trasporti può essere assegnata al ferito o ai congiunti del rimasto morto, anche indipendentemente dall'indennità pel dimostrato pregiudizio pecuniario, una congrua somma.»

Come già abbiamo visto, nella Svizzera esistevano disposizioni cantonali che ammettevano il principio della risarcibilità del danno morale nella forma dello «Schmerzensgeld».

Modello dell'articolo 7 della EHG furono i § 1844 e § 1845 del «Zürcherisches privatrechtliches Gesetzbuch»:

[1]) Guhl, op. cit., pag. 56/7.

§ 1844.

«Ist die Tötung mit Vorsatz oder aus grober Fahrlässigkeit verübt worden, so wird die Entschädigung an die Familie abgesehen von der Grösse der Verlassenschaft bestimmt und ist auch eine zu Verlust gekommene Lebensversicherungsanstalt berechtigt, Entschädigung zu fordern.

Wenn dagegen nur eine geringe Fahrlässigkeit die Tötung verschuldet hat, so wird bei der Bestimmung jener Entschädigung nur die Notdurft der hinterlassenen Familie berücksichtigt und hat die Lebensversicherungsanstalt keine Forderung auf Schadenersatz geltend zu machen.»

§ 1845.

«In dem Falle der Körperverletzung ist der Verletzte berechtigt, Ersatz der Heilungskosten, Entschädigung für die Nachteile der in Folge derselben bereits eingetreten und der fortwirkenden gänzlichen oder teilweisen Unfähigkeit zur Arbeit, ein den Umständen angemessenes Schmerzengeld und überdem, soweit das Fortkommen des Geschädigten erschwert ist, eine durch freies Ermessen zu bestimmende Entschädigung für die verursachte Verstümmelung oder Entstellung zu verlangen.»

Quanto sorpra viene pure ammesso dal messaggio del Consiglio Federale del 26 maggio 1874:

«Le principe exprimé dans cet article, qu'en cas de dol ou de négligence grave, il peut être alloué au lésé ou aux ayants droit de celui qui a été tué une somme d'argent raisonnable, indépendamment du dédommagement qui leur est dû pour les pertes pécuniaires, qu'ils ont prouvé avoir subies, repose sur des considérations d'équité et se trouvait déjà sanctionné dans plusieurs lois cantonales (voir Code zurichois art. 1844 et 1845).» [1])

Con diverse modificazioni il principio di risarcimento del danno morale fissato nell' articolo 7 EHG divenne nel progetto di un codice delle obbligazioni svizzero del 1875—1876 l'articolo 88 e nel progetto del 1879 l'articolo 60, come testimonia pure il messaggio del Consiglio Federale del 27 novembre 1879:

«En cas de lésion corporelle ou de mort d'homme, le projet dans son article 60 accorde au juge, comme le fait déjà l'article 7 de la loi du 1er juillet 1875 sur la responsabilité des chemins de fer, le droit d'allouer, surtout s'il y a faute grave, une somme équitable à la victime ou aux parents, indépendamment du dommage matériel constaté. Cette disposition est en quelque sorte, une extension à des souffrances purement morales, de l'indemnité qu'admet le droit commun allemand pour les souffrances corporelles endurrées par la personne lésée ...» [2])

[1]) Feuille Fédéral, 1874, I, pag. 915.

[2]) Message du 27 novembre 1879, chiffre 7.

L'articolo del progetto sopracitato divenne nel CO del 1881 l'articolo 54, che era così concepito:

«Nel caso di lesioni corporali, o di morte di un uomo, il giudice, tenuto conto delle particolari circostanze, e specialmente se vi fu dolo o colpa grave, potrà attribuire al danneggiato o ai congiunti dell' ucciso un' equa indennità pecuniaria, e ciò indipendentemente dal risarcimento del danno constatato.»

Confrontando i due articoli, l'articolo 54 del CO 1881 e l'odierno articolo 47, notiamo la soppressione dell' inciso «specialmente se vi fu dolo o colpa grave», e dell' altro, «indipendentemente dal risarcimento del danno constatato»; si nota invece l'aggiunta «a titolo di riparazione», a proposito dell' «equa indennità pecuniaria».

Il primo inciso: «Specialmente se vi fu dolo o colpa grave», ora scomparso nell' articolo 47, non modificava sostanzialmente il significato della disposizione. Il legislatore intendeva richiamare sopra tutto l'attenzione su queste due circostanze: dolo e colpa grave, senza però escludere altre circostanze e senza legarsi assolutamente alle due prime.

Tale è pure l'opinione del TF nella sentenza Leber-Bromberger del 9 marzo 1894:

«Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die Voraussetzungen, unter welchen die Zusprechung einer angemessenen Geldsumme abgesehen vom Ersatz erweislichen Schadens, zu geschehen habe, zum voraus festzusetzen, er überlässt es dem freien Ermessen des Richters, nach Prüfung der besonderen Umstände des Falles darüber zu bestimmen.

Die Erwähnung der Arglist und groben Fahrlässigkeit, bei welcher der Richter namentlich eine angemessene Geldsumme zusprechen kann, hat denn auch nur die Bedeutung einer Wegleitung und will weder sagen, dass nur in diesen Fällen von der Befugnis des Art. 54 (47) Gebrauch gemacht werden dürfe, noch dass es in diesen Fällen immer geschehen müsse; auch da kann vielmehr davon Umgang genommen werden, wenn in Würdigung der besonderen Umstände eine Ausnahme von der Regel als angezeigt erscheint.» [1])

La sfera d'applicazione dell' articolo 47 come già quella dell' articolo 54 del CO 1881 è molto più estesa di quella dell' articolo 7 EHG dove solo nei casi di dolo e colpa grave si dava luogo ad un risarcimento del danno morale.

L'altro inciso, ugualmente eliminato nell' odierno articolo 47, «indipendentemente dal risarcimento del danno constatato» suscitò molte discussioni: e la più notevole fu quella tra il Rossel [2]) e lo Stooss [3]).

---

[1]) TF 20, I, 209.

[2]) Rossel, V., Droit fédéral des Obligations, 2e édition, Lausanne, 1905, pag. 100.

[3]) Stooss, op. cit., pag. 597.

Non intendiamo esaminare queste diverse interpretazioni oramai risolte dalla nuova e più chiara formulazione dell' articolo 47 che, sopprimendo le suddette espressioni, ha eliminato anche i contrastanti modi d'interpretazione. Esaminata brevemente questa evoluzione, passiamo ora a studiare dettagliatamente l'articolo 47.

A) «Nel caso di morte di un uomo o di lesione corporale.»

L'espressione con cui si inizia l'articolo 47 serve a riallacciare l'articolo stesso ai due precedenti in cui erano contemplati i risarcimenti dovuti per i danni materiali sorti rispettivamente in caso di morte o di lesione corporale.

L'espressione pone cioè un limite ai casi in cui può darsi una riparazione per danni morali, limite che è appunto costituito dai casi nei quali, per gli articoli 45 e 46, si dà luogo ad un risarcimento per i danni materiali.

Anche per i casi di responsabilità indiretta (culpa in vigilando, eligendo aut custodiendo) il risarcimento per danno morale è applicabile in base all' articolo 47, se esistono, oltre le condizioni generali previste dalla legge, queste due circostanze: lesione corporale o morte.

B) «Tenuto conto delle particolari circostanze.»

Queste circostante particolari di cui il giudice terrà conto costituiscono il criterio per la valutazione del danno; naturalmente al giudice rimane piena la libertà di apprezzamento: si tratta semplicemente di una facoltà messa a sua disposizione.

A questo proposito richiamiamo una sentenza del TF in cui è detto: «L'article 47 CO confère au juge une grande liberté d'appréciation. Il lui permet de considérer et lui enjoint de peser toutes les circonstances particulières qui militent pour ou contre l'allocation d'une indemnité à titre de satisfaction morale.» [1])

Le circostanze si possono dividere in soggettive quando riguardano l'autore dell' atto illecito che ha causato il danno (per es. il diverso grado di responsabilità dell' autore stesso), ed in oggettive quando si riferiscono all' estensione del danno subito.

Entreranno poi in linea di conto i casi considerati nei precedenti articoli 45 e 46 e sebbene l'inciso riguardante il dolo e la colpa grave contenuto nell' articolo 54 CO del 1881 sia stato, come già vedemmo, abolito, è evidente che il dolo ed il grado di colpa sono pure da annoverarsi fra i più notevoli fattori che il giudice deve tener presenti. Questi poi si riferirà senza dubbio alla particolare situazione della vittima.

L'estensione del danno, secondo l'Oser, dovrebbe inoltre raggiungere:

[1]) TF 58, II, 344.

«.... eine gewisse Erheblichkeit bezüglich Intensität und Dauer der Schmerzensempfindung.» [1])

Però abbiamo due sentenze del TF le quali dimostrano che questo principio, benchè accettabile, non è assoluto:

«Die Genugtuungsberechtigung des Klägers im Sinne von Art. 47 OR lässt sich ernstlich nicht bestreiten. Der Umstand, dass das Verschulden der Beklagten kein schweres ist, schliesst grundsätzlich die Zusprechung eines Schmerzensgeldes nicht aus (vgl. BGE 33. II. 587).» [2])

«Die Vorinstanz hat die Genugtuungsforderung im Betrage von 1000 Franken gutgeheissen, während die Beklagte eine solche in vollem Umfange als unbegründet erachtet, da sie, die Beklagte, kein schweres Verschulden treffe. Dieses Argument ist nicht schlüssig; denn die in Art. 47 OR geregelte Genugtuungsberechtigung im Falle von Körperverletzung besteht, entgegen der allgemeinen Vorschrift des Art. 49 OR, nicht nur bei besonderer Schwere des Verschulden (vgl. BGE 53. II. 429).» [3])

C) «Congiunti dell'ucciso»

L'articolo 47 attribuisce, in caso di morte, una riparazione pecuniaria per il danno morale ai congiunti dell' ucciso. Già l'articolo 7 EHG conteneva questa disposizione e parlava di «congiunti del rimasto morto» come l'attuale 47 CO.

L'espressione del testo tedesco «Angehörige» è meno precisa di quella italiana «congiunti» e della francese «famille» ed è biasimata dallo Stooss:

«Angehörige ist kein streng juristischer Begriff, so dass die Bedeutung des gewöhnlichen Lebens Anwendung finden dürfte, wenn nicht die andern Texte nur Familienglieder als anspruchsberechtigt nennen würden.» [4])

Allo Stooss dà ragione il Martin-Achard:

«M. Stooss a raison de rester dans le cadre de la famille, des parents, excluant ainsi tous les amis et les proches.» [5])

Su questo punto si espressero diversi autori come il Chausson:

«En employant le mot «famille» le texte français donne une notion plus restreinte de ceux qui peuvent avoir droit à une indemnité; le texte allemand (die Angehörige) impliquerait une idée trop large de ceux auxquels ce droit compèterait.» [6])

[1]) Oser, op. cit., pag. 335.

[2]) TF 53, II, 429.

[3]) TF 59, II, 165.

[4]) Stooss, op. cit., pag. 603.

[5]) Martin-Achard, op. cit., pag. 91/2.

[6]) Chausson, De l'obligation de réparer le dommage dont on est l'auteur. Diss., Lausanne, 1892, pag. 143/4.

Il Jacottet: «... les membres de la famille proprement dits, les ascendants ou descendants et non tous ceux auxquels le défunt servait de soutien.» [1])

Il von Salis: «Auf die nach Massgabe des Art. 54 OR (oggi 47) und des Bundesgesetzes von 1875 Art. 7 zu bewilligende «angemessene Geldsumme» haben der Verletzte oder die Angehörigen des Getöteten (d. h. die Familienglieder), nicht notwendigerweise die Erben, Anspruch.» [2])

Il Prélaz: «Il est hors de doute que les parents ne sont pas seulement ici le père et la mère; mais dès l'instant que l'on ne s'arrête pas là, les parents d'une personne sont alors toutes celles qui lui sont unies par liens du sang; c'est aussi à peu près le sens de l'allemand «Angehörige». Le mot famille a une signification plus restreinte en ce que, dans son acception la plus fréquente, il désigne des personnes parentes ou alliées à des degrès rapprochés. Nous pensons que c'est dans ce sens restreint que le législateur fédéral a entendu les mots famille, parents, Angehörige dans les deux dispositions légales que nous étudions. ... Le juge suisse devra-t-il s'inspirer des textes français ou du texte allemand? Nous pensons que ce dernier texte, le même dans les deux lois, mérite plus de confiance que la double traduction française qui lui a été donnée.» [3])

Queste diverse definizioni hanno più o meno carattere enumerativo e si allontanano dallo scopo che l'articolo 47 persegue, avendo di questa espressione una concezione o troppo ampia o troppo ristretta.

Noi dobbiamo attenerci allo scopo che l'articolo 47 intende raggiungere: portare cioè un sollievo a una sofferenza morale, soddisfare le lesioni immateriali, mitigare i dolori di coloro fra i parenti dell'ucciso che maggiormente hanno sofferto per il delitto. Coloro che convivevano col defunto e che per legami di famiglia erano i più vicini all'ucciso, coloro che vengono ad essere colpiti in misura maggiore per la morte del loro caro, a sentirne profondamente la mancanza: ecco le persone che la legge considera come congiunti (Angehörige, famille).

Errato è dunque il concetto di stabilire a priori una precisa lista di quei membri della famiglia che hanno diritto al beneficio risultante dall'articolo 47; e sarà quindi equo lasciare anche qui al giudice la facoltà di esaminare ogni caso e di attribuire la somma satisfattoria solo a quei congiunti che veramente sono degni di sollievo e di conforto per quelle ferite immateriali, psichiche, che la morte del parente ha causato al loro patrimonio morale.

[1]) Jacottet, Manuel du droit fédéral des obligations. Neuchâtel, 1884, pag. 44.

[2]) Salis, v., Der Haftpflichtanspruch in Gegenwart und Zukunft, in ZBJV. XXXIII, pag. 437 segg.

[3]) Prélaz, op. cit., pag. 27—29.

Una sentenza del TF concernente l'articolo 7 EHG, base dell'attuale 47 CO, conferma il nostro punto di vista.

«La notion de «parents» (Angehörige) comprend, en soi, toutes les personnes qui appartiennent à la même famille. Sous cette appellation l'on ne range pas uniquement les parents aptes à succéder ou ceux qui se doivent réciproquement des aliments, mais aussi ceux qui se considèrent ou sont envisagés comme membres de la famille. Toutefois, la volonté du législateur ne peut être d'autoriser tous les parents (Angehörige), jusqu'aux degrés les plus éloignés, à former des demandes en indemnité, en vertu de l'art. 7 de la loi de 1875; pour cela, une autre condition doit se trouver réalisée. Cette condition ne consiste pas dans un degré déterminé de proximité de la parenté, mais dans l'existence, en fait, de rapports familiaux. C'est seulement dans le cas où la parenté était encore une réalité effective dans la vie que la dissolution de ce lien par la mort peut être douloureusement ressentie et que, par ce motif, le fait du décès peut donner lieu à une action en indemnité. Le droit d'un parent à une indemnité dépend ainsi des circonstances de chaque cas.» [1])

Ci sembra opportuno riportare qui l'opinione del TF in una sua sentenza più recente:

«Quant à la réparation du tort moral, elle se justifie par les circonstances tragiques dans lesquelles la demanderesse a perdu son fiancé, par la brutalité du coup qui a détruit ses espérances et par les souffrances qu'elle a endurées. Il est de jurisprudence constante que le mot «famille» employé par le législateur à l'art. 47 al. 2 ne doit pas s'entendre dans son sens juridique, mais conformément aux relations qui existaient réellement entre le lése et le défunt. Etant données les constatations du juge du fait, relevées plus haut, la demanderesse doit être comptée au nombre des personnes assez étroitement liées au défunt pour être fondées à invoquer l'art. 47.» [2])

D) «Un'equa indennità pecuniaria a titolo di riparazione.»

Nei due articoli 47 e 49 che trattano del risarcimento del danno morale la legge non usa l'espressione propria per i danni materiali

[1]) TF 32. II. 232.

[2]) TF 57. II. 57. Cfr. anche TF 56. II. 127. TF 58. II. 344.

Il nuovo codice penale svizzero del 1937 che entrerà in vigore nel 1942 ha nel suo articolo 110 la seguente disposizione: « Per la terminologia di questo codice valgono le disposizioni seguenti: ..... 2. I congiunti di una persona sono il suo coniuge, i suoi parenti in linea retta, i fratelli germani, consanguini od uterini, i genitori adottivi e i figli adottivi. »

Non crediamo per le ragioni già esposte, di poter applicare tali principi al nostro caso.

(risarcimento del danno), ma parla di «equa indennità pecuniaria (o somma) a titolo di riparazione».

La funzione di questa indennità pecuniaria è nell'odierno articolo ancora più fortemente espressa che nell'articolo 54 e 55 del CO del 1881 il quale mancava di questa precisione: «a titolo di riparazione (als Genugtuung).»

Non vogliamo qui ripetere quanto abbiamo già detto nella parte teorica sulla funzione del denaro come riparazione del danno morale. Ci basti osservare che lo scopo dell'indennità nell'articolo 47 non è puramente di riparazione, non esistendo equivalenti esatti in materia morale; trattasi piuttosto d'attribuire al danneggiato o ai suoi congiunti una soddisfazione (Genugtuung) per i dolori psichici, morali che sono conseguenza di una lesione corporale o di una morte.

L'«equa» indennità è poi in rapporto alle «particolari circostanze», che abbiamo precedentemente esaminato; saremo più precisi in merito trattando dell'articolo 49 CO.

§ 3. L'articolo 49 CO

> «Chi è pregiudicato nelle sue relazioni personali può chiedere, in caso di colpa, il risarcimento del danno, e quando la speciale gravità dell'offesa e della colpa lo giustifichi, anche il pagamento di una somma a titolo di riparazione.
>
> Il giudice può anche sostituire od aggiungere a questa indennità un'altro modo di riparazione.»

Nel progetto di un CO del 1875 questa disposizione non esisteva ancore; la troviamo accennata per la prima volta nel secondo progetto del 1877 sotto l'articolo 88bis il quale era del seguente tenore:

«Quand l'équité l'exige, le juge peut agir en analogie avec l'article 88.»

Nel progetto del 1879 questo articolo divenne l'articolo 61 che fu redatto in questi termini:

«Pour d'autres actes illicites qui portent une grave atteinte à la situation personnelle, le juge peut allouer une somme d'argent équitable, au lesé, sans que la preuve d'un dommage pécuniaire soit établie.»

Nel CO del 1881 l'articolo 55 non si staccò molto dall'articolo 61 del progetto ma perse un pò di chiarezza, mettendo forse l'atto illecito troppo in rilievo di fronte al danno non pecuniario derivato dall'atto stesso.

Il messaggio del Consiglio federale ci dà alcune indicazioni interessanti sull'introduzione dell'articolo 55 del CO del 1881:

«Sur la proposition des membres suisses-français de la Commission, qui invoquèrent la jurisprudence française, une disposition semblable

à celle de l'article 61 (54) fut introduite, aussi pour d'autres actes illicites qui portent une grave atteinte à la situation personnelle de quelqu'un.

Dans la discussion, on fit mention du cas possible d'une jeune fille honorable qui pouvait être induite à se fiancer avec un homme déjà marié, ensuite de promesses mensongères, de l'usage de faux nom, de la production de faux papiers. Là même, s'il n'y a aucun dommage pecuniaire, il faut accorder, pour les souffrances morales, une somme équitable.» [1])

Da queste righe appare che lo scopo perseguito dal legislatore con l'articolo 55 era un'applicazione dello Schmerzensgeld estesa ad altri casi di danno non pecuniario, imitando il Codice civile francese nei suoi articoli 1382 e 1383.

L'articolo 49 dell'odierno CO subì ancora modificazioni e con un testo più chiaro tagliò netto sulle discordanti interpretazioni che nascevano dal testo dell'articolo 55. [2])

L'articolo 55 CO del 1881 aveva come oggetto la riparazione dei danni immateriali mentre l'odierno 49 è di portata più vasta come in modo conciso dice il Gmür nel suo commentario:

«Während Art. 55 OR nach richtiger Auffassung bloss die Zufügung immaterieller Nachteile zum Gegenstand hatte (vgl. EBG - 31. II. 245), hat Art. 49 OR wieder einen doppelten Inhalt: einerseits betrifft er den mit der Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes verbundenen Vermögensschaden und knüpft an diesen Tatbestand beim Vorliegen eines Verschuldens die Rechtsfolge der Schadenersatzpflicht, und anderseits betrifft er die Zufügung immaterieller Nachteile, womit die Rechtsfolge der Genugtuung verbunden wird.» [3])

Come già abbiamo fatto trattando l'articolo 47, esaminiamo ora l'articolo 49 nei suoi principali punti riguardanti il nostro argomento:

A) Vediamo dapprima che cosa si intende per pregiudizio portato ad una persona «nelle sue relazioni personali».

«Per il solo fatto, che l'uomo esiste come membro della comunità giuridica, indipendentemente quindi da qualunque suo rapporto con persone o cose determinate, egli ha diritto verso lo Stato, che quella

[1]) Schneider et Fick, Commentaires du code des obligations, Zurich, 1896, Art. 55.

[2]) Rossel, op. cit., pag. 103.

Stooss, op. cit., pag. 650.

Burckhardt, C. Chr., Verhandlung des schw. Juristenvereins, Basel, 1893, pag. 488.

Art. 55 CO 1881: « Il giudice può del pari attribuire un'equa indennità pecuniaria a chi da altri atti illeciti sia gravemente pregiudicato nelle sue relazioni personali anche in difetto di danno materiale. »

[3]) Gmür, M., Kommentar zum schw. ZGB, Bern, 1913, VI, OR, pag. 217.

comunità territorialmente incarna e personifica, di essere protetto nelle condizioni fondamentali della sua esistenza e della sua attività.

Tali condizioni si possono ricondurre a due: l'inviolabilità della persona e la libertà di agire.

L'individuo deve anzitutto avere la sicurezza della inviolabilità fisica e morale della sua persona; onde sorge in lui il diritto alla vita, all'integrità corporale, all'onore, in poche parole l'ius vitae largamente inteso. L'individuo deve poi avere la libertà di svolgere, nella misura socialmente legittima, le naturali sue attitudini per il soddisfacimento dei propri bisogni morali e materiali, sia con la creazione della famiglia, sia colla conquista dei beni esterni, in altre parole deve avere le facoltà o capacità giuridiche primordiali, a sposare, ad acquistare e possedere beni, a disporne (le quali si compendiano, anche qui in ampio senso, nell'ius connubii e nell'ius commercii).

Il complesso di tali diritti e di tali facoltà costituisce il diritto della personalità. Il quale sorge dallo stato della persona in sè, per la sua qualità di membro della società giuridicamente organizzata, cioè della comunità giuridica. Questo diritto non può concepirsi come un potere di disposizione, come una signoria che la persona abbia su se stessa. Il diritto della personalità ha la sua base in quel rapporto fondamentale degli uomini socialmente aggregati, per cui la sicurezza e la libertà di ognuno trova un limite naturale nell'uguale sicurezza e libertà degli altri. Esso si attua mediante un complesso di divieti dell'ordine giuridico (non uccidere, non ferire, non infamare; più in genere non offendere altri, nè nella persona in sè, nè in alcuno degli attributi di essa); divieti che sono diretti contro la possibile azione di tutti per la tutela della vita e della libertà di ciascuno. Quando uno di tali divieti venga violato, oltre alle eventuali sanzioni penali per il caso che la violazione costituisca reato, sorge sempre un diritto privato, per sè stante, dell'offeso contro l'offensore, il diritto al risarcimento del danno o alla riparazione.» [1])

Accennato così in modo generale al diritto della personalità ed alle conseguenze della sua violazione, passiamo ora a considerare alcune di quelle «relazioni personali» di cui parla l'articolo 49. [2])

[1]) Dusi, B., Istituzioni di diritto civile, I, pag. 76.

[2]) Non sarà qui fuor di luogo accennare all' articolo 28 CC (compreso nel capo « Del diritto della personalità »), il quale dice:

> « Chi è illecitamente pregiudicato nelle sue relazioni personali può chiedere dal giudice la liberazione della molestia.
>
> L'azione di risarcimento del danno o di pagamento di una somma a titolo di riparazione morale è concessa solo nei casi previsti dalla legge. »

Ci è sembrato che il secondo capoverso di questo articolo, il solo che ci riguardi, non meritasse una trattazione particolare in quanto che l'articolo 49 CO

Abbiamo visto che gli attributi fondamentali del diritto della personalità sono l'inviolabilità della persona (ius vitae) e la libertà di agire (ius connubii e ius commercii); vediamo ora, in modo molto rapido, come una violazione di questi diritti fondamentali possa dar luogo ad una riparazione morale in base all'articolo 49 CO.

Largamente inteso, l'ius vitae comprendre il diritto alla vita, all'integrità corporale, all'onore. Ma la violazione dei primi due diritti è contemplata negli articoli 45 e 46 CO e la sanzione costituita dalla riparazione morale è stata già da noi trattata svolgendo l'articolo 47 CO. Perciò in questo luogo non ci restano che da dire alcune parole sulle offese all'onore. Queste possono essere raggruppate in due categorie:

1. Offese alla reputazione.

Comprendiamo in questa categoria:

a) l'azione penale ingiustificata;
b) voci false ed informazioni erronee;
c) ingiurie e calunnie, sia oralmente, sia col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità.

2. Offese all'onore sessuale.

Senza esaminare particolarmente tutte queste ipotesi, ci limiteremo qui a riportare alcune sentenze che dimostrano come in casi suddetti sia stata concessa un'indennità per riparazione morale.

TF 42. II. 587. «Objektiv enthält der Vorwurf der Parteilichkeit, der wissentlichen Parteinahme zu Gunsten der einen Prozesspartei, einen gerichtlich bestellten (nicht Privat-) Experten gegenüber erhoben, einen schweren Angriff auf die sittliche Ehre und damit eine schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse.

... Was die Sanktion anbelangt, so hat die Vorinstanz zur Mar-

---

è per lo meno più ampio dell'articolo 28 CC, sostituendo la limitazione contenuta nelle parole «solo nei casi previsti dalla legge» con l'altra meno generale, contenuta nelle parole «quando la speciale gravità dell'offesa e della colpa lo giustifichi». Ora i casi previsti dalla legge secondo l'articolo 28 CC sono appunto quelli degli articoli 29, 93, 151 e 318 CC nei quali, o per essere espressamente dichiarata o per risultare dalla natura stessa del fatto, esiste evidentemente quella «speciale gravità» di cui parla l'articolo 49 CO.

In tali condizioni, l'esame dell'articolo 28 CC rientra senz'altro nell'esame dell'articolo 49 CO.

Della stessa opinione è il von Tuhr il quale scrive:

«L'art. 28 CC restreint la réparation morale aux cas prévus par la loi. L'art. 49 CO a infirmé cette disposition, car il permet d'une manière générale d'accorder une réparation morale en cas d'atteinte aux intérêts personnels, lorsque cette réparation «est justifiée par la gravité particulière du préjudice subi et de la faute». (Tuhr, v., op. cit., pag. 106, nota 2.)

kierung für «tort moral» 1 Fr. gesprochen. Mit Recht hat sich der Kläger schliesslich dabei beruhigt, weil er schon anderweitig Genugtuung erhalten hat: durch die Ergebnisse des Hauptprozesses, sowie durch den vorliegenden Prozess selbst, in seinen Beweisergebnissen und in seinem strafrechtlichen Dispositiv. Es liesse sich bei dieser Sachlage überhaupt fragen, ob daneben eine Zivilgenugtuung noch angängig sei. Indessen hat nach Art. 49 OR, wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, wenn, wie hier, die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigt.»

TF 43. I. 42. «Jene Voraussetzung bundesgesetzlicher Regelung trifft auf dem heute in Frage stehenden Gebiet der Schadenersatz- und Genugtuungspflicht für Beeinträchtigung eines anderen in seinen persönlichen Verhältnissen durch Aeusserungen in der Presse zu. Die Haftbarkeit für Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte eines Dritten wird heute abschliessend durch das eidgenössische Privatrecht, Art. 49 OR in Verbindung mit Art. 28 ZGB, geregelt. Nach ihm und einzig nach ihm bestimmt es sich, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange aus einem solchen Eingriffe ein Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch gegen den Verletzer entspringt. Und zwar gilt dies nicht nur für Verletzungen, die mit anderen Mitteln, sondern auch für solche, welche mittelst der Presse begangen worden sind.»

ZBJV. 54. 244. Urteil der I. Strafkammer vom 13. März 1918.

«Art. 49 OR. Die zur Begründung des Genugtuungsanspruches erforderliche besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens kann auch in einer bloss fahrlässigen Weitergabe eines unwahren Gerüchtes gegeben sein.

... Danach sollte die Tochter X. in Y. mit einem (internierten) Franzosen (beim Geschlechtsverkehr) angetroffen worden und mit diesem «b'hanget» sein. Den Franzosen habe man dann «hinderegheit». Wenn auch richtig erscheint, dass die Zivilbeklagte das zirkulierende Gerücht lediglich als solches und nur an ihren Bruder weitergegeben hat, so bedeutet doch schon diese Weitergabe an sich eine rechtswidrige, besonders schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse der Tochter X. Und zwar liegt darin nicht nur ein schwerer Angriff auf die Geschlechtsehre der Verdächtigten, sondern auch eine ernsthafte Beeinträchtigung ihres Fortkommens, weil Verdächtigungen dieser Art nicht leicht in Vergessenheit geraten und später nicht selten wieder auftauchen.

... Die Voraussetzungen zu einer Genugtuungsleistung nach Art. 49 OR sind daher gegeben.»

Per quanto riguarda la libertà di agire, osserviamo che, come abbiamo precedentemente detto, l'individuo deve avere la libertà di svolgere le

sue naturali attitudini per il soddisfacimento dei proprii bisogni morali e materiali; mentre questi ultimi non interessano ai fini del nostro lavoro, diremo invece qualcosa a proposito del diritto di ogni individuo di soddisfare i propri bisogni morali, in particolare per quanto riguarda la famiglia. Alcune sentenze del TF che riportiamo qui sotto dimostrano come sia stata concessa una riparazione morale in caso di divorzio o di rottura di fidanzamento.

TF 43. II. 323. «Sachlich ist das Genugtuungsbegehren des Klägers zu schützen. Die Vorinstanz (die in eventueller Weise auf diese Frage eintritt), spricht sich tatsächlich und rechtlich zutreffend dahin aus: selbst wenn vom schwersten Vorwurf des ehebrecherischen Umganges abgesehen werde, so liege doch eine «ausserordentliche schwere Verletzung» des Klägers in seinen persönlichen Verhältnissen im ganzen Verkehr des Beklagten mit der Ehefrau des Klägers, darin, dass jener in gewissenloser Weise sich in das eheliche Verhältnis eingedrängt, die Ehefrau von ihren ehelichen Pflichten abgezogen und die Entzweiung der Ehegatten herbeigeführt habe. Damit will die Vorinstanz und zwar mit Recht sagen, dass «die besondere Schwere» sowohl der Verletzung als des Verschuldens gegeben sei, von welchen Voraussetzungen der Art. 49 OR die Zusprechung einer Geldsumme als Genugtuung, — worauf in erster Linie angetragen wird —, abhängig macht.»

TF 38. II. 54. «Dazu kommt, dass der Klägerin auch eine Genugtuung im Sinne des Art. 151 Abs. 2 gebührt — freilich nicht wegen der Zumutungen, die der Beklagte in sexuellen Dingen an sie gestellt hat; denn in dieser Beziehung hat sie sich durch ihre 2½jährige Konnivenz jeglichen Anspruchs begeben —, wohl aber wegen der rohen Behandlung und der ehrenrührigen Aeusserungen, die der Beklagte sich vor Dritten ihr gegenüber erlaubt hat. — In Würdigung aller dieser Faktoren ist die vorinstanzlich zugesprochene Entschädigung von 20 000 auf 30 000 Fr. zu erhöhen.»

TF 54. II. 352. «Per quanto concerne la misura dell'indenizzo, cui l'istanza cantonale ha condannato il convenuto a titolo di riparazione morale secondo l'articolo 93 CC, basta constatare, che dall'innatesa rottura della promessa l'attrice subì tale depressione nervosa, aggravata da disturbi cardiaci, da rimanere semi-incapace al lavoro per circa sei mesi: il che costituisce un pregiudizio grave portato alla sua incolumità personale e di conseguente alle sue relazioni personali.»

Speciale importanza hanno poi alcuni diritti che appaiono come particolari emanazioni o irradiazioni dell'ampio diritto della personalità.

Esaminiamo qui i principali fra essi.

Il diritto al nome, specialmente a quello patronimico, sorge perciò, che il nome è segno distintivo sociale della persona; abbracciando esso tutto il patrimonio morale delle tradizioni famigliari, viene protetto

contro le altrui ingiuste usurpazioni. Analogalmente al nome civile si proteggono i titoli e stemmi nobiliari e, date certe condizioni anche lo pseudonimo.

Il diritto alla propria immagine consiste nel potere, dato ad ogni persona, di impedire che, senza il suo consenso espresso o tacito, venga riprodotta, diffusa e comunque pubblicata la sua immagine, vuoi in ritratto fotografico, vuoi per opera di scultura. Fa qui eccezione la pubblicazione del ritratto quando abbia scopo scientifico o si riferisca a fatti o avvenimenti di interesse pubblico o svoltisi in pubblico.

Una crazione propria del sistema giuridico moderno, comprende i diritti degli autori sulle opere dell'ingegno, i diritti di privativa sulle nuove scoperte o invenzioni industriali, i diritti sui disegni e modelli di fabbrica, e in fine i diritti sui marchi e segni distintivi.

Questi diritti costituiscono la così detta proprietà intellettuale, la quale non ha per oggetto la cosa, nella quale l'opera dell'ingegno si manifesta in modo tangibile (il manoscritto, il libro, lo spartito musicale, la statua, il quadro, il disco, la pellicola cinematografica ecc.), ma l'opera dell'ingegno per se stessa: quella è oggetto di proprietà corporale, questa di proprietà incorporale, e ben possono appartenere a persone diverse. L'opera dell'ingegno appartiene al suo autore in virtù della sua creazione spirituale.

Il diritto di autore è un diritto personalissimo, in virtù del quale il solo autore può disporre dell'opera sua, e difendere l'integrità artistica, e la propria paternità intellettuale.

Notevolissima è a questo proposito una sentenza del TF nella quale è detto:

«La gravité particulière du préjudice subi et de la faute justifient l'allocution d'une somme d'argent à titre de réparation morale. L'auteur met dans son ouvrage quelque chose de lui-même; c'est l'expression et la manifestation de sa personnalité; il a le droit d'être particulièrement sensible à toute méconnaissance du lien qui l'unit à son œuvre, du fait même qu'il l'a créée.» [1])

La proprietà industriale comprende le privative industriali, i disegni e modelli di fabbrica, e i marchi.

La privativa industriale è il diritto, riconosciuto all'autore di una nuova invenzione o scoperta industriale, di attuarla e di sfruttarla esclusivamente.

Analoghi principi valgono per i nuovi disegni e modelli di fabbrica, come pure per il diritto all'uso esclusivo del marchio, cioè del segno distintivo di un'azienda e dei suoi prodotti.

Tutti questi diritti sono protetti dalla legge; la loro lesione, benchè

[1]) TF 58. II. 310. Cfr. anche ZBJV 57, pag. 560.

abbia in massima parte caratteri patrimoniali, tocca, per quanto abbiamo precedentemente detto, rapporti di carattere eminentemente personale ed immateriale.

I diversi diritti personali che abbiamo esaminato per chiarire l'inciso «relazioni personali» formano lo stato della persona, cioè la posizione ad essa spettante, come membro di determinate collettività umane principalmente come membri della famiglia e dello Stato. Questa persona ha diritto di essere protetta nel godimento del suo stato, sia per l'alto valore morale che questo ha sempre in sè, sia per gli effetti giuridici che esso può produrre. Mentre il risarcimento è la principale forma di sanzione per i danni materiali, la riparazione costituisce la sanzione per i danni immateriali o morali causati dalla violazione dei suddetti diritti.

B) «In caso di colpa.»

Affinchè il leso possa chiedere il risarcimento del danno, l'articolo 49 CO richiede che ci sia stata colpa; la quale, in questo caso, deve essere intesa in senso lato, abbracciante cioè sia il dolo, sia la colpa propriamente detta.

Dolo è l'intenzione diretta, il deliberato proposito di compiere la lesione del diritto altrui. Si ha invece colpa propriamente detta quando l'agente, pur senza l'intenzione di ledere il diritto altrui, viene però a lederlo per effetto della sua negligenza o imprudenza. E colpa non aver previsto le conseguenze dei propri atti, dannose ad altrui, che adoperando la diligenza dovuta si potevano prevedere ed evitare. Già Paolo scriveva: «... culpam autem esse, cum quod a diligente provideri potuerit non esset provisum.»

La sola colpa propriamento detta — non il dolo — è suscettiva di gradi. Consistendo essa nella omissione di quella diligenza, che l'agente deve osservare per evitare la lesione del dritto altrui, il grado di colpa si commisura sul grado della diligenza dovuta. Ora, può darsi che, per legge o per contratto, sia dovuta, nei vari casi, o la diligenza media, ovvero una dilgenza inferiore alla media, cioè minima, o una superiore, cioè massima.

La diligenza media è quella che suole usare il buon padre di famiglia vale a dire l'uomo mediamente accorto e vigilante. La diligenza minima è quella, di cui è capace anche l'uomo meno vigile ed accurato. La diligenza massima è quella, di cui è capace soltanto l'uomo ordinato od attento.

L'omissione della diligenza media è colpa lieve; l'omissione anche della diligenza minima è colpa lata o grave; l'omissione della diligenza massima è colpa lievissima.

Perciò sia in caso di dolo sia in caso di colpa, non importa di quale

grado, l'articolo 49 CO permette al leso di chiedere il risarcimento del danno che il fatto altrui gli ha provocato.

C) «La speciale gravità dell'offesa e della colpa.»

Come già nell'articolo 47 CO precedentemente esaminato, lo scopo della somma di denaro da attribuirsi a titolo di riparazione al leso è di ristabilire l'equilibrio nel suo animo disturbato dal delitto, di cancellare o attenuare la ferita morale. Tale funzione pecuniaria è stata da noi già commentata in modo esteso. Contrariamente però all'articolo 47 CO, la concessione di questa somma è legata a due condizioni, di modo che la libertà del giudice è più ristretta che nell'articolo 54 del CO del 1881. Ciò è stato affermato dal TF in una sentenza di cui crediamo utile riportare i punti salienti:

«Gemäss Art. 55 alten OR konnte der Richter eine Genugtuungssumme zusprechen, wenn jemand durch andere unerlaubte Handlungen als Körperverletzung oder Tötung in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden war; nach Art. 49 des geltenden OR hat, wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird, dann Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, wenn «die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigt». Zu den Voraussetzungen der Verletzung in den persönlichen Verhältnissen, der objektiven Widerrechtlichkeit und des Verschuldens kommen somit als weiteres doppeltes Erfordernis hinzu eine besonders schwere Verletzung und ein besonders schweres Verschulden, während früher eine «ernstliche» Verletzung genügte. Die neue Fassung hat also den Anspruch auf Genugtuung erheblich eingeschränkt. Und diese Einschränkung war eine durchaus gewollte.» [1])

Tali condizioni da cui dipende il pagamento di una somma a titolo di riparazione sono le seguenti:

1. «La speciale gravità dell'offesa.»

L'uomo definito da Aristotile «animale socievole» col suo stato d'animo normale è la pietra di paragone su cui il giudice deve basarsi.

Perciò, ai fini dell'articolo 49 CO, entrano in considerazione solo quelle offese all'uomo normale, che raggiungono un certo grado di intensità; pertanto una persona molto suscettibile e di animo sensibilissimo non potrebbe per un'offesa, generalmente insignificante che però alla stessa ha provocato un certo disturbo, pretendere una riparazione.

Con ciò non vogliamo dire che il giudice debba considerare solo l'offesa oggettivamente facendo in modo assoluto astrazione della persona dell'offeso. Tutt'altro: anzi facciamo nostre le parole dell'Oser

[1]) TF 39. II. 281.

che dimostrano come si possa tener conto di una quantità di elementi relativi alla persona dell'offeso, nel giudicare la gravità dell'offesa:

«Die besondere Schwere der Verletzung kann sich äussern im besonderen Werte des angegriffenen Gutes, der Person oder in ausserordentlichen Intensität des Angriffs.

a) Je grösser das Interesse am verletzten Gut ist, desto schwerer erscheint der dagegen gerichtete Angriff.

Als hauptsächliches zu verletzendes Objekt fällt in Betracht die Ehre. Dabei ist eine Verletzung niedriger einzuschätzen, wenn sie sich gegen die gesellschaftliche, als gegen die sittliche, wenn sie sich gegen die Standes-, als gegen die allgemein menschliche Ehre richtet. Auch Alter, Geschlecht, Standes- und Berufsverhältnisse, Bildungsgrad usw. der verletzten Person kommen in Rechnung. So fällt ein Angriff mehr ins Gewicht, wenn er gegen eine unbescholtene Person geht, die sich vielleicht zugleich in exponierter Stellung befindet und zur Ausübung des Berufes eines gewissen Ansehens bedarf, als wenn es sich um einen gewöhnlichen Privatmann oder einen Menschen mit zweifelhaftem Leumund handelt.

b) Die Intensität des Angriffs zeigt sich u. a. in dem verfolgten Zweck, der Wahl der Mittel und der Dauer des Erfolges.

Der Angriff ist — bezüglich der Ehre — regelmässig schwerer, wenn eine Real- als wenn eine Verbalinjurie, wenn Notzucht als blosse Verführung vorliegt, wenn eine positive Behauptung aufgestellt, als wenn nur ein Zweifel oder eine bedingte Beurteilung geäussert, z. B. wenn eine ehrenrührige Tatsache als Gerücht bezeichnet wird. Es wird die Zusprechung eine Genugtuung nicht rechtfertigen, wenn die aberkannten Vorzüge von geringem Werte oder die vorgeworfenen Mängel alltäglicher Natur sind.» [1])

2. «La speciale gravità della colpa.»

Abbiamo detto che il leso può chiedere il risarcimento del danno patito quando ci sia stata l'altrui colpa, intesa in senso lato. Per ottenere invece il pagamento di una somma a titolo di riparazione, l'articolo 49 CO richiede che ci sia stata una particolare gravità della colpa. È perciò evidente che, dal momento che il legislatore ha voluto distinguere le condizioni da cui il giudice può far dipendere la concessione del risarcimento o della riparazione, si debba trattare di una diversa valutazione della colpa. A parte il dolo che non è graduabile e che è naturalmente compreso nella speciale gravità della colpa, nei due casi di risarcimento e di riparazione il giudice dovrà comportarsi in modo differente: infatti per concedere al leso il risarcimento del danno il

[1]) Oser, op. cit., pag. 349.

giudice deve limitarsi a constatare l'esistenza della colpa, mentre per il pagamento di una somma a titolo di riparazione è necessario valutare di quale colpa si tratti.

È nostra opinione che non si possa ammettere la riparazione quando si tratti di colpa lievissima cioè dell'omissione della diligenza massima; meno sicura è la possibilità di concedere la riparazione in caso di colpa lieve, cioè per l'omissione della diligenza media, ma anche qui crediamo che, almeno come principio generale, non si possa dar luogo a riparazione, ammettendola solo in casi particolarissimi in cui può essere richiesta per la concomitanza di altre circostanze, da ragioni di equità.

Trattandosi invece di colpa grave, dell'omissione cioè della diligenza minima, il giudice concederà il pagamento di una somma a titolo di riparazione. Ed è questa l'opinione del TF:

«Bei dieser Sachlage muss in Uebereinstimmung mit der Vorinstanz sein Verschulden als ein besonders schweres im Sinne von Art. 49 OR bezeichnet werden, womit alle Voraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuungssumme erfüllt sind.» [1])

Inoltre sarà bene tener presente il rapporto, non sempre necessario ma possibile, tra la gravità della colpa e la gravità dell'offesa, come ricorda il TF in una sua sentenza:

«Denn die Schwere des Verschuldens steht im Zusammenhang mit der Schwere der Verletzung: je schwerer diese ist, umso schwerer ist in der Regel auch jenes.» [2])

Abbiamo però una sentenza del TF che dimostra come questo rapporto tra colpa e offesa non sia di importanza determinante; infatti il pagamento di una somma a titolo di riparazione è stato, date le circostanze, rifiutato, trattandosi di colpa lieve dell'agente e sebbene le conseguenze dell'atto illecito siano state gravi:

«Les circonstances de la cause ne justifient pas l'allocation d'une indemnité pour tort moral. Il y a lieu d'observer qu'il s'agit d'une cause de complaisance, que la faute du défendeur n'est pas lourde en soi, encore qu'elle ait eu des conséquences très graves.» [3])

D) «Il pagamento di una somma a titolo di riparazione.»

L'articolo 49 CO attribuisce al giudice la facoltà di concedere, date certe condizioni che abbiamo già esaminato, a colui che è pregiudicato nelle sue relazioni personali, una somma a titolo di riparazione.

Parlando del''equa indennità pecuniaria a titolo di riparazione

[1]) TF 43. II. 625.
[2]) TF 42. II. 595.
[3]) TF 58. II. 140.

di cui all'articolo 47 CO, abbiamo già detto quale sia lo scopo di questa indennità; le stesse parole potrebbero essere ripetute a proposito dell' articolo 49 CO e non vogliamo quindi dilungarci sull'argomento.

Diremo qui invece qualcosa sul modo di derterminare equamente questa somma il cui pagamento è previsto dagli articoli 47 e 49 CO. Osserveremo dapprima che in ambedue gli articoli è concessa al giudice la più ampia libertà di giudizio nella valutazione del danno e nella stima della somma che deve arrecare al leso una certa soddisfazione per il danno subito; il codice si limita a parlare di «particolari circostanze» (Art. 47 CO) e di «speciale gravità dell'offesa e della colpa» (Art. 49 CO): ma queste sono piuttosto condizioni da cui il giudice deve far dipendere la concessione dell'indennità, che non criteri tecnici di valutazione della somma da attribuirsi.

È appena necessario osservare che, dato il carattere spirituale e morale del dolore che la somma si prefigge di lenire, è del tutto impossibile stabilire una scala fissa per la quale ad un certo dolore o ad un certo danno debba corrispondere obbligatoriamente una certa indennità.

Il Burckhardt ha detto in modo molto chiaro quali siano i criteri di cui il giudice terrà conto nella determinazione della somma prevista dagli articoli 47 e 49 CO; ci sembra perciò opportuno riportare le parole dell'egregio autore:

«Der Richter muss sich bewusst sein, dass nicht für alle Menschen dasselbe gelten kann, nicht für alle Kläger und nicht für alle Beklagte. Ob die Verletzung der persönlichen Verhältnisse eine ernstliche und die Zusprechung einer Geldsumme, wenn ja, in welcher Höhe angemessen sei, lässt sich weit weniger an sich prüfen als an dem konkreten ethischen Empfinden und den ökonomischen Verhältnissen der Beteiligten... Anderseits übersehe man nicht, dass weite Kreise die Diskrepanz ideeller und materieller Güter nicht oder nicht in dem Masse spüren wie die Gegner unserer Norm und zwar von ihren Verhältnissen, ihrer Bildung und äussern Lage aus vorwurfsfrei. Breiten Schichten steckt heute noch unausrottbar im Blut, was Jhering als Charakteristikum der Kulturanfänge vindiziert hat: die Empfindung jeder Rechtsverletzung als Verletzung der Persönlichkeit, umsomehr je frivoler sie ist... Das Mittel aber, das unsere Rechtsordnung hier bietet, ist auch für sie von ungleich anderer Fülle und Kraft als bei denen, welchen es vorhandener Güter oder sonst fest begründeten Daseins wegen äusserlich und innerlich nicht dieselbe unbemessene Menge möglicher und erstrebenswerter Existenzverbesserungen zu vermitteln vermag. Dasselbe gilt nach entgegengesetzter Richtung vom Haftbaren; auch ihm gegenüber ist nicht nur nach Tat und Folgen und Verschulden, sondern nach seiner persönlichen Lage zu individualisieren. Sagen wir es offen: zu

der Würdigung aller Umstände, die hier so gut wie in Art. 51 [1]) angezeigt ist, gehört ganz eminent auch die «Tragfähigkeit» der Beteiligten. Der Satz, dass Arm und Reich keine Rechtskategorien sind, gilt, wenn irgendwo im Schadensrechte, so hier nicht uneingeschränkt... Reich und Arm verstehen wir aber nicht nur im ökonomischen, sondern auch im ideellen Sinn.» [2])

Tali sono i principi generali che il giudice terrà presenti per determinare con equità una somma la quale, mentre attribuisce al danneggiato una soddisfazione per il danno ingiustamente subito, non è certamente destinata ad originare un male, una sofferenza per il danneggiante. Infatti l'indennità a titolo di riparazione non ha in sè nessun elemento penale, come l'ha ben dimostrato il Guhl nella sua opera «Untersuchungen zum Artikel 51 OR». [3])

Molte sentenze del TF mostrano casi in cui è stata concessa una somma a titolo di riparazione ed il montante di questa indennità.

Segnaliamo fra queste sentenze le seguenti:

a) Riguardanti l'articolo 47 CO:

TF 42.II.362.
TF 60.II.325.
TF 58.II.248.
TF 57.II.57.
TF 57.II.103.
TF 59.II.165.
TF 60.II.49.

b) Riguardanti l'articolo 49 CO:

TF 43.II.625.
TF 43.II.319.
TF 60.II.399.
TF 45.II.543.

E) «Un altro modo di riparazione.»

Nel secondo capoverso dell'articolo 49 CO è detto che il giudice può anche sostituire od aggiungere all'indennità pecuniaria di cui al capoverso precedente un altro modo di riparazione. Lo scopo di questa disposizione è spiegato in modo molto chiaro da una sentenza del TF in cui è detto:

«Wenn Art. 49 Abs. 2 OR den Richter ermächtigt, anstatt oder neben der Geldleistung auch auf eine andere Art der Genugtuung zu erkennen, so soll damit nicht gesagt werden, dass für diesen anderen nicht in Geld bestehenden Leistungen weniger strenger Voraussetzungen bedürfe. Es soll ihm dadurch nur die Möglichkeit eröffnet werden, den Genugtuungszweck auch auf andere Weise zu erreichen, wenn die Abfindung in Geld als den Umständen nicht angemessen oder nicht aus-

[1]) Odierno, Art. 43 e 44 CO.
[2]) Burckhardt, C. Chr., op. cit., 480/1.
[3]) Guhl, op. cit., pag. 52.

reichend erscheint. Eine andere Lösung wäre auch offenbar nicht gerechtfertigt, da die Akte, denen sich dabei der Beklagte unterziehen muss, wie Publikation des Urteils usw. ihn unter Umständen weit härter treffen können, als es bei der blossen Verurteilung zur Zahlung einer Geldsumme der Fall wäre. Der Unterschied zwischen Abs. 1 und 2 des Art. 49 liegt demnach ausschliesslich in der Verschiedenheit der Leistungen, die dem Beklagten zugemutet werden, und nicht in den materiellen Erfordernissen, an die die Verurteilung zu ihnen geknüpft ist. In diesem Sinne hat sich denn auch das Bundesgericht in dem zweiten oben angeführten Urteile (Erw. 4 am Ende) bereits ausgesprochen.» [1])

Tali modi di riparazione possono essere: dichiarazioni pubbliche, rettifiche, ritrattazioni giudiziarie, riconoscimenti dell'onorabilità della persona lesa e sopra tutto la pubblicazione della sentenza.

Portiamo ad esempio la seguente sentenza del TF:

«... Zudem ist das Hauptorgan des Verbandes, Schifferstein, wegen seiner Pressekampagne gegen den Kläger bestraft worden; in diesem Strafurteil, das veröffentlicht wurde, liegt für den Kläger bereits eine Genugtuung.» [2])

CAPITOLO III

L'azione di riparazione del torto morale

Da quanto precede risulta che colui il quale è leso, dal fatto ingiusto altrui, nelle condizioni fondamentali della sua esistenza e della sua attività ha diritto, di fronte all'offensore, al risarcimento del danno materiale ed alla riparazione del danno morale subito.

Abbiamo già visto quali sono le condizioni per le quali il giudice può concedere, in base agli articoli 47 e 49 CO, una riparazione del danno morale.

Vediamo ora a chi spetta l'azione di riparazione ed esaminiamo le principali questioni che vi hanno attinenza.

È evidente, e non necessita perciò di una particolare trattazione, che nei riguardi dell'articolo 47 CO l'azione di riparazione del torto morale spetta in caso di lesione corporale al leso stesso ed in caso di morte ai congiunti dell'ucciso. Chi sono questi congiunti abbiamo già visto esaminando dettagliatamente l'articolo 47 CO.

Sulla trasmissibilità dell'azione agli eredi, avremo campo di estenderci più oltre; ci basti dire qui che il problema sarà, rispetto all'articolo

[1]) TF 45. II. 108.

[2]) TF 41. II. 445.

47 CO, risolto in base agli stessi principi applicati nei rapporti dell' articolo 49 CO.

Dopo questa premessa, vediamo dunque chi può esercitare l'azione di riparazione del torto morale prevista dall'articolo 49 CO.

Ogni persona che si sente offesa, ferme restando le condizioni richieste dall'articolo 49 CO, può esercitare l'azione di riparazione del torto morale.

La legge però non dice se questa azione, dato il suo carattere puramente personale, resti legata al danneggiato o se essa possa essere ceduta o passare per successione ai suoi eredi.

Il fine che il giudice, attribuendo al danneggiato una somma a titolo di riparazione, si prefigge di raggiungere ha, come abbiamo più volte detto, carattere di soddisfazione per il danno morale sofferto dal leso stesso; ne risulta che tale azione, essendo di carattere strettamente personale, non può essere ceduta o passare agli eredi, almeno fintanto che il leso non abbia dimostrato di volerne fare uso.

Già sotto l'imperio dell'articolo 54 del CO 1881, la giurisprudenza ammetteva il trasferimento dell'azione quando l'avente diritto aveva manifestato la volontà di far valere la sua pretesa, introducendo in giudizio la sua domanda. Per lo stesso motivo veniva pure ammessa la trasmissibilità per successione di tale azione, quando ci fosse stato un riconoscimento contrattuale del credito; in questa cessione si vedeva la manifestazione della volontà di far valere il credito: la cessione era considerata lecita e la pretesa ceduta non era subordinata alla condizione che la vittima fosse ancora vivente.

Il von Tuhr fa però a questo proposito un'assennata osservazione alla quale completamente ci associamo; egli infatti scrive:

«Cette jurisprudence ne me paraît pas conforme au but de la réparation morale. Dans une action de ce genre, peu importe, après la mort du lésé, qu'il ait voulu obtenir satisfaction; on doit simplement constater que cette réparation ne peut plus lui être procurée.» [1])

Anche l'odierna giurisprudenza ha mantenuto gli stessi principi nei riguardi della cessione e della trasmissibilità agli eredi dell'azione di riparazione del torto morale.

Però l'articolo 93 CC, parlando della riparazione morale che può essere concessa in caso di rottura di fidanzamento, ha nel secondo capoverso la seguente disposizione:

> «Questa azione non può essere ceduta, ma si trasmette agli eredi se era già riconosciuta o proposta in giudizio al momento dell'aperta successione.»

[1]) Tuhr, von, A., op. cit., pag. 106/7.

Dunque, si ammette in questo caso la trasmissibilità agli eredi ma si nega la possibilità di una cessione.

Ora l'opinione del von Tuhr secondo il quale si ha qui un principio che può essere applicato per analogia a tutti gli altri casi di azione per riparazione del torto morale, ci sembra senz'altro giusta ma però poco conforme ai principi generali di diritto ed all'idea del legislatore. Se questi infatti avesse voluto dare un principio generale, l'avrebbe posto preferibilmente nell'articolo 28 CC e non in un caso particolare come quello dell'articolo 93 CC.

Il von Tuhr riconosce invero la fondatezza di questa obiezione ma preferisce credere ad una non precisa formulazione della suddetta disposizione da parte del legislatore e non che questi abbia deliberatamente voluto regolare nel modo detto solo il caso previsto dall'articolo 93 CC; ci sembra però che il von Tuhr si lasci troppo trascinare dall' intento, del resto molto lodevole, di far accogliere la «solution qui unifie le droit». [1])

Dal punto di vista dell'autore dell'atto illecito, l'obbligazione non ha carattere così strettamente personale; essa grava sul suo patrimonio come un qualsiasi altro peso materiale e passa perciò agli eredi.

È questa l'opinione del Burckhardt il quale afferma:

«L'obligation, est liée plus étroitement avec le créancier qu'avec le débiteur. Elle peut être dirigée contre l'auteur du préjudice, même s'il est devenu fou depuis lors, elle passe passivement aux héritiers et peut-être amortie par un tiers. Elle n'a pas de fonction pénale.» [2])

È generalmente ammesso che anche una persona giuridicia possa subire pregiudizi in seguito all'altrui fatto ingiusto: perciò anche alle persone giuridiche potrà essere concessa la riparazione prevista dall'articolo 49 CO. [3])

Sulla questione di sapere se una somma dovuta a titolo di riparazione può, a richiesta del leso, essere accordata a un terzo, ad es. a un'istituzione di beneficenza, il von Tuhr scrive giustamente:

«D'après les principes de la procédure, on peut seulement, à mon avis, accorder au demandeur le droit d'exiger que cette somme soit payée à ladite institution, car le jugement ne saurait conférer aucun droit à un tiers. Il ne me semble d'ailleurs pas que ce genre de réparation morale réponde à un besoin; en effet, le demandeur peut déclarer qu'il

[1]) Tuhr, v., A., op. cit., pag. 106/7.

[2]) Burckhardt, C. Chr., op. cit., pag. 485, cit. da Martin-Achard, op. cit., pag. 109.

[3]) Cfr. Tuhr, v., A., op. cit., pag. 108; Rossel, op. cit., pag. 101; Martin, Alfr., op. cit., pag 1 segg.; Oser, op. cit., pag. 351/2. Contra Stooss, op. cit., pag. 611.

destine l'indemnité à un but déterminé, et si cette déclaration ne le lie pas en droit, elle l'oblige moralement.» [1])

Sui rapporti tra delitto civile e delitto penale, osserviamo che una sentenza penale non può pregiudicare l'esercizio, da parte del leso, dei suoi diritti in materia civile. Nello stesso senso si pronunciano due sentenze del TF che riteniamo opportuno riportare:

«Der zivilrechtliche Genugtuungsanspruch besteht ganz unabhängig von einem Strafurteil und wird insbesondere durch eine strafgerichtliche Verurteilung nicht ausgeschlossen. Denn er beruht nicht auf dem Gedanken einer Privatstrafe, die neben der staatlichen Strafe keinen Platz mehr hätte, sondern er soll einen Ausgleich für erlittene Unbill im Sinne eines Schmerzensgeldes oder einer Vergütung für tort moral schaffen.» [2])

«Der Zivilanspruch, den der Kläger aus Art. 49 OR geltend macht, besteht daher ganz unabhängig davon, ob den Beklagten eine strafbare Handlung zur Last falle oder nicht, und es ist infolgedessen der Zivilrichter bei Prüfung des Vorhandenseins einer unerlaubten Handlung im Sinne jener Bestimmung sowohl nach der objektiven, als der subjektiven Seite hin völlig frei.» [3])

Abbiamo così dato uno sguardo molto rapido alle principali questioni inerenti al problema dell'azione di riparazione del torto morale; è evidente che, nel campo dei danni immateriali, il giudice dovrà essere particolarmente severo per evitare ogni abuso: sarebbe pericoloso oltre che ingiusto concedere una riparazione per ogni offesa, anche lievissima, non degna di essere ammessa al beneficio dalla legge previsto nell'articolo 49 CO.

Con questa osservazione abbiamo dunque esaurita la trattazione delle obbligazioni derivanti da atti illeciti.

CAPITOLO IV

La riparazione del torto morale in materia contrattuale

L'antico CO del 1881 era privo di disposizioni riguardanti la riparazione del torto morale in materia contrattuale. Le conseguenze di tale mancanza erano sentite ed il Burckhardt ebbe a biasimare questa lacuna del CO del 1881 scrivendo:

[1]) Tuhr, v., A., op. cit., pag. 108.
[2]) TF 48. II. 484.
[3]) TF 55. II. 31.

«Aber nicht nur eine Klärung des Art. 55 bringt seine Umstellung ins Personenrecht, sie gestattet und fordert auch die Anwendung derselben Grundsätze auf Verletzung immaterieller Güter im bestehenden Kontraktsverhältnisse. Sie ist seltsam genug noch nicht durchgedrungen, weder in Deutschland noch in Frankreich, und auch England kennt sie wie gesagt nur in nominellem Betrag als Voraussetzung der Verurteilung zu den freilich dort recht spürbaren Prozesskosten. Dem praktischen und logischen Sinn der Franzosen ist das Unbefriedigende der Differenzierung freilich nicht gelungen; sie haben ein Heilmittel in einer Ungesetzlichkeit gesucht, indem sie das System der astreintes pénales et comminatoires ausbildeten, eine richterlich aufdiktierte Privatstrafe zu Gunsten des Verletzten bei Nichtrealerfüllung. Nun versagt aber dieses Mittel, wenn die Vertragserfüllung durch Schuld des Schuldners unmöglich geworden ist, und so ist denn jene Verweigerung einer Vergütung auch in der französischen Judikatur nicht unwidersprochen geblieben. In Deutschland dagegen haben die Motive zum BGB in einer von jeder Kenntnis des Lebens unangekränkelten Weise auf die Möglichkeit verwiesen, sich durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe zu schützen, als ob die Annahme dieses Misstrauensvotums vom Gläubiger beim Kontraktschlusse erzwungen werden könnte und seine allgemeinere Verbreitung wünschenswert wäre. Auch bei uns ist man gegen groben Kontraktsbruch und peinigendste Lässigkeit des Schuldners, gegen frivole Ableugnung seiner Vertragspflichten und trölerisches Prozessieren nicht geschützt, da wir als «grosse Errungenschaft» die Abschaffung der poenae temere litigantium zu verzeichnen haben; wenn unsere Dienstboten, eine Amme, ein Lehrer kontraktbrüchig fortlaufen und Aushilfe nur schwer zu beschaffen ist, wenn uns Ballmusik und Traiteur am Feste im Stich lassen, so dass wir vor den Gästen lächerlich werden, wenn die vereinbarte Unterkunft uns bei Ankunft im Hotel verweigert wird, so dass wir in einer Herberge oder auf der Strasse übernachten müssen, wenn der Nachbar des Schwerkranken trotz seines Unterlassungsversprechens Klavier spielt, der Schauspieler die zugesagte Rolle nicht erhält und unser Gemälde an der Ausstellung haushoch statt wie uns versprochen günstig gehängt wird, wenn der Dienstherr sich nicht um die vereinbarte Freizeit kümmert, ist für Vergütungspflicht, wenn kein materieller Schaden und kein Deliktstatbestand dargetan wird, kein Raum, und wenn ein Dieb meine Kassette fortträgt und die darin gefundenen Briefe meiner Braut verbrennt, kann ich aus Art. 55 auf Genugtuung klagen, nicht aber gegen den Depositar, der sie grob fahrlässig aufbewahrt, so dass sie zu Grunde gehen. Und für Ersatz des Affektionswertes ist vollends nirgends Raum. Man hat hier zwar wie bei der Frage, ob die Vertragsbegründung ein Vermögensinteresse erfordere, mit einer Ausweitung des Vermögens-

begriffs helfen wollen, so Kohler, Dernburg und Endemann; wieder jenes Zerren alter Grössen bis zur Unkenntlichmachung, um neuen Grössen Bürgerrecht zu geben; richtiger wäre es, und durch Art. 26 wird es möglich, mit dem Satisfaktionsanspruche, der hier einzig passt, zu helfen. Erst wenn dies geschieht, wird, was bisher anormales Stückwerk war, zum einheitlich anwendbaren Prinzip. Die Rechtsentwicklung ist doch oft seltsam konservativ in ihren Launen. Beim Verlöbnisbruche hat sie vielfach verwirklicht was wir hier fordern; im Uebrigen verneint sie es ohne ersichtlichen Grund. Würden wir einen Laien fragen, er würde sich eher fürs Gegenteil, für Schutz idealer Interessen im Vertragsverhältnisse, Schutzlosigkeit ausserhalb desselben entscheiden, mit der Begründung, jenes erzeuge spezielle und gesteigerte Verpflichtungen, weitergehende Berechtigungen als sie an und für sich bestehen.» [1])

La giurisprudenza del TF rifiutava naturalmente una riparazione del torto morale in materia contrattuale e le rare sentenze in merito sono tutte in senso negativo. Ad es.:

«Hier kann nun nicht auf Art. 50 und ff. OR, sondern nur auf Art. 110 und ff. leg. cit. abgestellt werden; um ein ausserkontrakliches Verschulden handelt es sich nicht; denn die Eröffnung eines Konkurrenzgeschäftes war nicht schon an sich, sondern nur aus dem Grunde eine unerlaubte Handlung, weil sich Beklagte durch den Vertrag verpflichtet hatte, dem Kläger keine Konkurrenz zu machen. Es kann daher der Beklagte nur zum Ersatz des wirklich eingetretenen Vermögensschadens, und nicht etwa darüber hinaus noch zu einer angemessenen Geldsumme, wie dies nach Art. 55 OR zulässig wäre, verurteilt werden.» [2])

Una felice innovazione su questo punto fu portata dall'odierno CO coll'articolo 99 terzo capoverso:

> «Del resto le disposizioni sulla misura della responsabilità per atti illeciti sono applicabili per analogia agli effetti della colpa contrattuale.»

Infatti, mediante tale disposizione, il giudice può applicare per analogia le disposizioni contenute nel capo «Delle obbligazioni derivanti da atti illeciti» agli effetti della colpa contrattuale; quindi anche i principi riguardanti la riparazione del torto morale che abbiamo precedentemente esaminati.

Tale è infatti l'opinione del TF il quale afferma in una sentenza:

«L'art. 99 al. 3 CO, prévoit que «les règles relatives à la résponsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute

[1]) Burckhardt, C. Chr., op. cit., pag. 489 segg.
[2]) TF 19. I. 911.

contractuelle». Ce texte, très général, n'exclut pas l'application par analogie de l'art. 49 CO.» [1])

L'applicazione di tale principio è però stata finora molto rara, ma abbiamo in proposito una sentenza della Corte d'Appello di Berna in cui si dice:

«Ein Genugtuungsanspruch im Sinne von Art. 49 OR vermag auch durch die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung begründet zu werden»...

«Es ist keine Frage, dass die Beklagte durch Weglassung des besondern deutschen Vorwortes im grössern Teil der Auflage den Vertrag mit dem Kläger verletzt hat. Im Unterschied zum frühern ist nach dem nunmehr geltenden OR die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung geeignet, einen Genugtuungsanspruch im Sinne von Art. 49 OR zu begründen. Denn die in Art. 99 al. 3 OR enthaltene Verweisung auf die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen umfasst auch die Bestimmung von Art. 49 über die Haftung für Verletzung in den persönlichen Verhältnissen, was zwar weniger aus dem Text, aber aus der Entstehungsgeschichte jener Bestimmung (vgl. darüber Becker, Komm. OR Art. 97 N 13) deutlich hervorgeht.» [2])

Così con l'opportuna disposizione contenuta nell'articolo 99 CO sono stati aboliti gli inconvenienti che erano, data la mancanza di una tale disposizione, particolarmente sentiti e che il Burckhardt aveva così chiaramente denunciati nella pagina da noi riportata.

CAPITOLO V

Leggi speciali concernenti la riparazione del torto morale

Prima di terminare il nostro studio, vogliamo dare uno sguardo e citare quelle leggi speciali che ammettono il principio della riparazione del torto morale.

Non intendiamo però analizzare nei loro particolari queste disposizioni, e nemmeno tracciare dei confronti tra queste leggi speciali e gli articoli del CO esaminati nel nostro lavoro; vogliamo solo mostrare l'affinità con il nostro codice di alcune leggi nelle quali la necessità della riparazione del torto morale è stata particolarmente sentita.

---

[1]) TF 54. II. 483.

[2]) Bern App. H., 28. April 1921. Nella ZBJV 57, pa. 560.

Tali leggi sono:

1. Legge federale su la responsabilità civile delle imprese di strade ferrate e di piroscafi, e delle poste. (Del 28 marzo 1905.)

Art. 8.

«In caso di colpa dell'impresa ferroviaria o delle persone nominate nel secondo capoverso dell'art. 1, il giudice potrà, tenuto conto delle circostanze particolari e segnatamente nel caso di dolo o di negligenza grave, assegnare alla persona lesa o, se questa è morta, alla sua famiglia una somma di denaro equamente determinata, indipendentemente dal risarcimento del danno accertato.»

2. Legge federale sugl'impianti elettrici. (Del 24 giugno 1902.)

Art. 36 Al. 1.

«Per la determinazione delle indennità fanno regola le disposizioni del Codice federale delle obbligazioni.»

3. Legge federale concernente il diritto d'autore sulle opere letterarie ed artistiche. (Del 7 dicembre 1922.)

Art. 44.

«Le disposizioni generali del Codice delle obbligazioni sono applicabili, per quanto riguarda la responsabilità civile derivante da un'infrazione alla presente legge, anche se l'infrazione è stata commessa all' estero a danno d'una persona domiciliata nella Svizzera. Rimangono riservate le disposizioni del Codice civile concernenti la protezione della personalità.»

4. Legge federale sul servizio delle poste. (Del 2 ottobre 1924.)

Art. 47 Al. 1.

«Qualora nell'esercizio postale un viaggiatore rimanga ucciso o ferito, l'amministrazione delle poste risponde nei limiti fissati dalla legge federale sulla responsabilità civile delle imprese di strade ferrate e di piroscafi, e delle poste.»

5. Legge federale sulla circolazione degli autoveicoli e dei velocipedi. (Del 15 marzo 1932.)

Art. 42.

«Se vi fu colpa da parte del detentore o di persona per cui egli è responsabile, il giudice può, tenendo conto delle circostanze particolari, specialmente quando vi fu dolo o negligenza grave, attribuire alla parte lesa o, in caso di morte, alla famiglia della vittima, una equa somma, a titolo di riparazione, indipendentemente dal risarcimento del danno accertato.»

Come abbiamo detto, ci sembra superfluo esaminare e studiare le leggi sopra riportate nei loro particolari, in quanto che si correrebbe il pericolo di un'inutile ripetizione: infatti per gli eventuali punti dubbi contenuti in queste leggi, vale quanto è stato da noi detto nei capitoli precedenti.

*

Chiudiamo con questo il nostro lavoro col quale ci siamo proposti di esaminare se e come possa essere riparato un danno morale puro, un danno cioè assolutamente immateriale e non pecuniario.

È fuori dubbio che nella nostra trattazione del vasto e delicato problema esisteranno delle lacune: ma noi abbiamo cercato di trattare l'argomento nelle sue linie generali e nei punti principali ad esso attinenti.

Crediamo però di aver raggiunto lo scopo che ci eravamo prefisso: quello cioè di dimostrare che anche il danno morale puro, nello stesso modo del danno materiale e a prescindere da questo, debba avere una propria forma di riparazione.

Questo principio, una volta combattuto e discusso, è ora universalmente accolto, ciò che torna ad onore del senso di giustizia ed equità dei nostri tempi.

Tale era il fine del nostro lavoro, tale era la meta che ci siamo sforzati di raggiungere con le nostre modeste forze.

Berna, il 21 maggio 1939.

Bibliografia

Accarias – Précis de droit romain – Paris 1891.

Aubry et **Rau** – Cour de droit civil français – Paris 1873.

Benini, R., – Principi di Economia politica – Istituto Poligrafico dello Stato 1935.

Blonay, De – Annales de jurisprudence – Lausanne.

Binding – Die Normen und ihre Uebertretung – Leipzig 1877.

Bocksch – Die rechtliche Natur der gemeinrechtlichen Schmerzensgeldklage – Bromberg 1898.

Brasiello – Il nuovo codice penale – Napoli 1935.

Brugi – In rivista del diritto commerciale – 1927.

Burckhardt, C. Chr. – Die Revision des schweiz. OR in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht – Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, Basel 1903.

Burckhardt, W. – Kriminalpolitische Anforderungen an das schweiz. Zivilgesetzbuch – Referat SZSt, XV.

Chausson – De l'obligation de réparer le dommage dont on est auteur – Diss. Lausanne 1892.

De Ruggero – Istituzioni di diritto civile – 1928.

Dorville – De l'intérêt moral dans les obligations – Paris 1901.

Dusi – Istituzioni di diritto civile – Torino 1931.

Gabba – Questioni di diritto civile.

— Nuove questioni.

Gierke – Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Leipzig 1889.

Giesker – Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre – Zürich 1904.

Gmür – Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch – Bern 1913.

— Uebereinstimmung der Begriffe im Civil- und Strafrecht – Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins, Basel 1903.

Guhl – Untersuchungen zum Artikel 51 OR – Bern 1904.

— Das schweiz. Obligationenrecht – Zürich 1936.

Huguenin – Von der zivilrechtlichen Haftung aus Verletzung immaterieller Rechtsgüter bei Tötung und Körperverletzungen – Bern 1909.

Jehring – Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn – Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts – Jena 1880.

Kohler – Handbuch des deutschen Patentrechts – Mannheim 1900.

— Ideal im Recht – Archiv für bürgerliches Recht V.

Lehmann – Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter bei Schadenersatz Dresden 1884.

Liszt, v. – Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht – Berlin und Leipzig 1889.

Mantelet – La réparation du préjudice moral – Paris 1907.

Maroi – Il progetto italo-francese nelle obbligazioni – Modena 1928.
Martin-Achard – De la réparation pécuniaire du tort moral – Genève 1908.
Martin, Alf. – De la responsabilité résultant des délits d'après le code fédéral des obligations – ZSR, VIII – Basel 1889.
Minozzi – Studio sul danno non patrimoniale – Milano 1909.
Mommsen – Zur Lehre vom Interesse – Braunschweig 1885.
Mosca – Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa, nel diritto civile, penale e amministrativo – Roma 1896
Oser – Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch – Zürich 1829.
Prelaz – De la réparation du tort moral résultant de mort d'homme ou de lésions corporelles d'après le droit civil suisse – Lausanne 1893.
Reiffel – Ersatz des moralischen Schadens – Zeitschrift für französisches Recht. XX.
Rossel – Droit fédéral des obligations – Lausanne 1905.
Schneider et **Fick** – Commentaires du code des obligations - Zürich 1896.
Seng – Vergütung des nicht vermögensrechtlichen Schadens – Archiv für bürgerliches Recht. V.
Steinert – Der Ersatz eines immateriellen Schadens nach BGB – Diss. Lübben 1899.
Stooss – ZSR,V – Basel 1886.
— Das Verhältnis der zivilrechtlichen Haftbarkeit nach Art. 50 ff. des schweiz. OR zum kantonalen Strafrecht, insbes. bei Pressedelikten – Referat ZSR, XXVII.
Tournier – De la condamnation aux dommages-intérêts.
Tuhr, v. – Partie général du code fédéral des obligations – Lausanne 1929.
Tuor – Das schweiz. Zivilgesetzbuch – Zürich 1934.
Unger – Beiträge von Schadenersatz nach österreichischem Recht – Grünhuts Zeitschrift, VIII.
Venzi – Istituzioni.
Wächter – Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen – Leipzig 1874.
Weiss – Sammlung eidg. und kant. Entscheidungen – Zürich 1928.
Windscheid – Lehrbuch des Pandektenrechtes – Frankfurt 1900.
Amtliches stenographisches Bulletin der schweiz. Bundesversammlung – Junisession 1905.
Blätter für zürcherische Rechtsprechung III.
Codice federale delle obbligazioni 1881.
Codice federale delle obbligazioni 1911.
Codice civile austriaco.
Codice civile francese.
Codice civile germanico.
Codice civile svizzero.
Codice penale italiano.
Codice penale svizzero.
Feuille fédérale.
Legge federale sulla circolazione degli autoveicoli e dei velocipedi (del 15. III. 1932).

Legge federale su la responsabilità civile delle imprese di strade ferrate e di piroscafi e delle poste (del 28. III. 1905).
Legge federale sul servizio delle poste (del 2. X. 1924).
Message du Conseil Fédéral concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de code suisses (Droit des obligations et titre final) du 3 mars 1905.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB für das deutsche Reich – Berlin 1888.
Raccolta ufficiale delle sentense del TF.
Revision des Obligationenrechts – Bundesrätlicher Entwurf vom 3. II. 1905.
Semaine judiciaire 1901 et 1907.
Schweizer Grenzpost – 1886, No. 151—153.
Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
Zeitschrift für schweiz. Recht.

Abbreviazioni

BGB = Codice civile germanico.
CC = Codice civile svizzero
CO = Codice federale delle obbligazioni.
EHG = Legge federale sulla responsabilità delle imprese di ferrovie e di navigazione a vapore (del 1 luglio 1875).
OR = Schweizerisches Obligationenrecht.
SZSt = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
TF = Tribunale federale.
ZBJV = Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZGB = Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
ZSR = Zeitschrift für schweizerisches Recht.